UAB
Universitat Autònoma de Barcelona

REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL CIVIL LAW Y EL COMMON LAW: CULPA IN CONTRAHENDO, PROMISSORY ESTOPPEL Y LA MISREPRESENTATION COMO PILARES JURÍDICOS PILARES JURÍDICOS

William Robert Lizárraga Ugarte

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons: https://creativecommons.org/licenses/?lang=ca

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons: https://creativecommons.org/licenses/?lang=es

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license: https://creativecommons.org/licenses/?lang=en

REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL *CIVIL LAW* Y EL *COMMON LAW*: CULPA IN CONTRAHENDO, PROMISSORY ESTOPPEL Y LA MISREPRESENTATION COMO PILARES JURÍDICOS

William Robert Lizárraga Ugarte

REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL *CIVIL LAW* Y EL *COMMON LAW*: CULPA IN CONTRAHENDO, PROMISSORY ESTOPPEL Y LA MISREPRESENTATION COMO PILARES JURÍDICOS

TESIS DOCTORAL

Presentada por el Sr. William Robert Lizárraga Ugarte

y

dirigida por la Dra. Sandra Camacho Clavijo

Catedrática de Derecho Civil

Doctorado en Derecho Privado

Departamento de Derecho Privado



2023

RESUMEN

Esta tesis doctoral se enfoca en comparar la Culpa in Contrahendo (CIC), específicamente la Ruptura Injustificada [maliciosa] de Negociaciones Preliminares (RINP), del Derecho Civil o Continental, con el Promissory Estoppel (PE) del Derecho Común norteamericano. Se busca determinar cuál de estas figuras es más justa y eficiente. El estudio no sólo compara estas figuras jurídicas, sino que también profundiza en sus fundamentos doctrinales e históricos, como la teoría de la CIC desarrollada por Ihering en 1861 y su evolución hacia la inclusión de la buena fe, y el rol del PE en el marco contractual en el derecho norteamericano.

El trabajo se estructura en cinco capítulos que analizan las distintas vertientes de la CIC y la responsabilidad precontractual en el civil law y el common law, con énfasis en la misrepresentación y su relación con la RINP. Se aborda la evolución de la teoría de la consideración en el derecho contractual y cómo de sus limitaciones surge el PE. La tesis busca establecer cuál de estas doctrinas, RINP o PE, se alinea mejor con los principios de justicia y eficiencia, evaluando su aplicación práctica y teórica en diferentes contextos legales. Se incluyen también apéndices detallados sobre referencias históricas y doctrinales relevantes para una comprensión completa de estos conceptos.

ABSTRACT

This doctoral thesis is focused on comparing the concept of Culpa in Contrahendo (CIC), specifically the Unjustified [malicious] Breakdown of Preliminary Negotiations (RINP), in Civil or Continental Law, with Promissory Estoppel (PE) in American Common Law. The objective is to determine which of these legal figures is more just and efficient. The study not only compares these legal concepts but also explores their doctrinal and historical foundations, such as the CIC theory developed by Ihering in 1861 and its evolution towards the inclusion of good faith, along with the role of PE in the contractual framework of American law.

Structured into five chapters, the work analyzes the different aspects of CIC and pre-contractual responsibility in both civil law and common law, focusing on misrepresentation and its relation to RINP. It discusses the evolution of the theory of consideration in contract law and how PE has emerged from its limitations. The thesis aims to establish which doctrine, RINP or PE, aligns more closely with the principles of justice and efficiency by evaluating their practical and theoretical application in various legal contexts. The thesis also includes detailed appendices that provide historical and doctrinal references essential for a comprehensive understanding of these concepts.

INDICE

ABREVIATURAS…… 10

INTRODUCCION…… 11

CAPITULO I. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y LA CULPA IN CONTRAHENDO (CIC)……. 22

1. Introducción…… 22

2. Concepto doctrinal de la *Culpa in Contrahendo* (CIC) …… 25

2.1. Definición de CIC…… 25

2.2. Posturas doctrinales…… 27

2.2.1. El *dolus in contrahendo*……... 28

2.2.2. *La diligencia (culpa) in contrahendo*…… 30

A). Incompetencia del sujeto…… 55

B). Incompetencia del objeto…… 57

C). La inconsistencia de la voluntad contractual…… 61

1). Inconsistencia en la declaración: figuras hipotéticas…… 62

2). La falta de fiabilidad de la voluntad misma…… 66

a). Retractación de la oferta al concluir el contrato en ausencia…… 66

b). Cambio de voluntad en la celebración de contratos a través de intermediarios……... 68

c). Muerte del oferente antes de la aceptación en la celebración de contratos a distancia…… 72

d). Desistimiento de una oferta pública…… 74

2.2.3. Desarrollo doctrinario posterior……. 77

A). Inicios de la Transformación de la c*ulpa in contrahendo*…… 77

B). El Giro hacia la *buena fe* en la teoría de la c*ulpa in contrahendo*……. 83

C). Teorías sobre la buena fe y el deber de cuidado…… 89

D). Teorías sobre la buena fe y lealtad en la negociación…… 92

2.2.4. Figuras alternativas al *dolo in contrahendo* y la ruptura maliciosa de negociaciones preliminares…… 99

A). La teoría de las estancias sucesivas…… 99

B). La teoría del contacto social y contacto social calificado…… 104

3. La integración del dolo en la *Diligencia in Contrahendo*…… 108

4. Figuras similares a la CIC…… 120

4.1. La doctrina de los Actos Propios (DAP)…… 120
4.2. Contratos preliminares……. 124
4.3. El abuso del derecho…… 125
4.4. Las cartas de intención (Letters of Intent) …… 126
4.5. El *falsus procurator*…… 126
5. Naturaleza jurídica de la CIC…… 127
5.1. Crítica de la Responsabilidad Contractual y de la Responsabilidad Extracontractual…… 129
5.2. El contacto social calificado como posible respuesta al debate contractual v. extracontractual de la CIC…… 138
6. Conclusiones…… 145

CAPITULO II. LA REGULACIÓN DE LA CIC……..…… 148

1. Introducción…….. 148
2. Vertientes de la CIC…….. 153
2.1. Deber de cuidado o de protección……. 153
2.1.1. Introducción……. 153
2.1.2. Tratamiento del deber de cuidado en el Digesto…….. 156
2.1.3. Análisis del caso "Linóleo" o Linoleonfall……. 163
2.1.4. Naturaleza jurídica del deber de cuidado……. 164
2.1.5. El deber de cuidado en el common law (*duty of care*)……. 168
a). *Duty of care* en el sistema de *torts*……. 168
b). Posibles soluciones al caso del linóleo a partir del *common law*…….. 170
c). *Res ipsa loquitur*…… 177
d). Responsabilidad objetiva o vicaria…….. 178
2.2. Deber de información 180
2.2.1. Concepto y aproximación histórica 180
2.2.2. Deberes de lealtad en la negociación……. 195
2.3. Deber de negociar de buena fe o la ruptura injustificada de negociaciones……. preliminares (RINP)……. 196
2.3.1. La buena fe como elemento de la RINP…… 196
2.3.2. La buena fe objetiva y subjetiva…… 197
2.3.3. El dolo in contrahendo que devoró la culpa…….. 199
2.3.4. El dolo in contrahendo y la diligencia in contrahendo……. 202
2.3.5. El dolo in contrahendo: sobre el dolo causal y dolo incidental…….. 203
3. La regulación de la CIC en derecho comparado…… 205
3.1. Una aproximación a la regulación de la CIC en Europa…….. 205
3.2. Breve aproximación a la regulación de la CIC en América Latina, Eurasia y Asia……. 240
4. La figura de la CIC en normas y proyectos europeos de derecho internacional privado…… 274
4.1. Principios Sobre los contratos comerciales internacionales (principios Unidroit o convención de Roma o Instituto de Roma o PCCI)…….. 276

4.2. Regulación No. 864/2007 de la Unión Europea (Reglamento Roma II).…… 283
4.3. CISG (Convention on contracts for the international sale of goods) o la "Convención de Viena" (UNCITRAL)……. 291
4.3.1.- El principio de buena fe como principio rector del comercio internacional de bienes: el artículo 7.1 de la CISG……. 292
4.3.2.- El principio de buena fe como criterio de interpretación: el art. 13 de la CISG…….. 296
4.3.3. Historia del CISG y el dilema eficacia vs. Justicia……. 297
4.4. Principios de derecho contractual europeo (Principles Of European Contract Law: PECL)……. 300
4.5. Marco común de referencia (MCR) o *draft common frame of reference* (DCFR)…. 303
4.6. Proyecto de código europeo de contratos de la Academia de Derecho Privado (Pavia, Italia)…….. 308
4.7. Asamblea general de la Organización de los Estados Americanos…… 312
4.8. El proyecto de Código Civil europeo del Profesor Mc Gregor……. 313
5. Conclusiones……... 314

CAPITULO III. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL COMMON LAW: LA MISREPRESENTATION DEL *COMMON LAW*…… 316

1.- Introducción…… 316
2.- Responsabilidad precontractual en el common law americano…….. 318
2.1. El UCC (Uniform Commercial Code) y la buena fe…….. 318
2.2. El Principio "*caveat emptor*"…….. 321
2.3. Sobre la buena fe en la ejecución y cumplimiento de los contratos de bienes y servicios…….. 328
2.4. La relación fiduciaria y la obligación de actuar de buena fe en la etapa negocial…… 330
2.5. Ausencia de la obligación de divulgar en Inglaterra…… 334
3. La *Misrepresentation* del *common law*…… 336
3.1. Hacia un concepto…….. 336
3.2. Misrepresentación en la inducción y misrepresentación en la ejecución: sus Elementos…… 340
a). Debe haber una aseveración o afirmación que no está de acuerdo con los hechos…… 341
b). La aseveración debe ser fraudulenta o material…….. 345
c). La aseveración debe ser confiada por el receptor que manifiesta su conformidad…….. 346
d). La confianza del receptor debe ser justificada……. 346
3.3. Casos del Segundo Restatement de Contratos § 161(b)…….. 346
3.4. Casos del Segundo Restatement de Torts § 551(1)……. 354
3.5. Diferencia entre el *Misrepresentation* Bajo el Segundo Restatement de Contratos y Bajo el Segundo Restatement de Torts: Sus Efectos…… 362
4. *Misrepresentation* (*tergiversación o falsedad*) fraudulenta y misrepresentation negligente…….. 362

5. Sobre la CIC y la misrepresentation……. 367
6. Análisis comparativo de la jurisprudencia del *civil law* bajo las teorías de la CIC y misrepresentation…….. 372
7. Conclusiones…….. 495

CAPÍTULO IV. LA CONSIDERACION COMO PRELUDIO DEL PROMISSORY ESTOPPEL ("PE")…… 499

1. Antecedente histórico de la consideración: las acciones civiles…….. 499
1.1. La acción del pacto "Covenant"……. 504
1.2. La acción sobre la deuda (Writ of Debt)…… 505
1.3. La acción de Assumpsit……. 507
2. La consideración como teoría del intercambio o contraprestación…….. 513
2.1. Aproximación preliminar de la consideración…….. 516
2.2. La teoría de la inducción convencional recíproca de la consideración de frente a los modelos contractuales de la reciprocidad (Holmes y Williston)…….. 517
2.3. La teoría de la consideración de Holmes en la práctica judicial…… 522
2.4. Los errores de cálculo de Williston…… 525
2.5. La teoría de la consideración de Williston en la práctica judicial……. 527
2.6. La consideración frente al beneficio del promitente o el detrimento del aceptante……. 532
2.7. Enfoque convencionalista de la consideración……. 536
2.8. Teorías redistribucionistas de la consideración…… 541
3. Críticas a la teoría de la consideración…… 544
3.1. Críticas a la teoría de la reciprocidad entre la consideración y la promesa…….. 544
3.2. Críticas a los orígenes de la consideración: un error de interpretación de una norma de orden público…….. 548
3.3. Crítica a la consideración frente a los modelos contractuales…….. 557
4. Limitaciones de la teoría de la consideración…… 561
4.1. La consideración frente al caso de un beneficio pasado…….. 561
4.2. La obligación moral no es reconocida como consideración……. 566
4.3. La regla de la obligación preexistente frente a las modificaciones de los contratos 569
4.4. Promesas gratuitas (donaciones) sin consideración…….. 570
5. Soluciones a las falencias de la consideración……. 574
5.1. El enriquecimiento injusto frente a la consideración: tesis restitutorias…… 574
5.2. Reforma judicial de la regla de la obligación preexistente…… 578
5.3. Modificaciones de los contratos de venta de bienes sin necesidad de nueva consideración…….. 585
5.4. ¿Podría la consideración convivir con el detrimental reliance?: Sección 75 vs. Sección 90 del Segundo Restatement…… 591
5.5. El detrimental reliance como respuesta a las falencias de la consideración……. 595
5.6. Hacia una nueva teoría contractual de cara a la responsabilidad precontractual….. 600
6. Conclusiones……. 601

CAPÍTULO V. EL PROMISSORY ESTOPPEL ("PE") COMO RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL *SUI GENERIS* 603

1. Promissory estoppel: breve introducción histórica..... 603
   1.1. Primera etapa: período clásico..... 605
   1.2. Segunda etapa: período moderno..... 606
   1.3. Tercera etapa: período posmoderno..... 607
2. Hacia una definición del promissory estoppel (PE)..... 609
   2.1. El promissory estoppel, el detrimental reliance y el justificable reliance..... 609
   2.2. La consideración y el promissory estoppel frente al primer y segundo Restatement de los contratos..... 613
      2.2.1. Primer (Restatement) de los contratos..... 616
      2.2.2. Segundo Restatement de los contratos..... 626
         A). Forma v. sustancia: la sección 71 frente a la sección 90 del segundo Restatement de los contratos..... 632

   2.3. Elementos del promissory estoppel..... 636
   2.4. Clases de promissory estoppel..... 637
      2.4.1. En el marco familiar..... 637
      2.4.2. Sobre promesas para hacer regalos de propiedades inmuebles..... 638
      2.4.3. Agencias y depósitos gratuitos..... 639
      2.4.4. Subscripciones caritativas y convenios matrimoniales..... 640
   2.5. Vertientes evolutivas del promissory estoppel..... 641
      2.5.1. *Promissory Estoppel* como sustituto de la consideración..... 642
      2.5.2. Confianza en las ofertas (reliance)..... 643
      2.5.3. Promissory estoppel bajo un acuerdo indefinido..... 644
      2.5.4. Promesas hechas durante negociaciones preliminares..... 646
      2.5.5. Acuerdos que renuncian a las consecuencias legales..... 650
   2.6. Flexibilidad del remedio legal..... 652
3. El promissory estoppel del common law americano y el estoppel propietario del common law inglés..... 654
   3.1. Del equitable estoppel inglés al promissory estoppel americano..... 654
   3.2. El estoppel propietario inglés..... 655
4. Carácter vinculante y fundamento jurídico del PE..... 665
   4.1. Base filosófica del PE y su fuerza vinculante..... 667
   4.2. Influencia del promissory estoppel en Australia..... 673
      a). El caso *Waltons* como partida de nacimiento..... 673
      b). Elementos del promissory estoppel en el common law australiano..... 676
      c). Limitaciones de la doctrina del PE..... 678
5. Distinción entre la PE y otras figuras..... 679
   5.1. La consideración y la causa..... 679
   5.2. Parol Evidence Rule "PER" (regla sobre evidencia verbal) 697
   5.3. Estatuto de fraudes (statute of frauds) 698
      a). Historia..... 698
      b). Crítica al estatuto de fraudes..... 703

c). El estatuto de fraudes y el promissory estoppel……. 705
5.4. Circunstancias imprevistas subsecuentes……. 718
6. Diferentes posturas doctrinales con respecto al promissory estoppel y su eficacia…….. 720
6.1. El promissory estoppel y la teoría de Cardozo…….. 720
6.2. El caso del "parol evidence rule" v. promissory estoppel…….. 727
6.3. Crítica a la promesa vinculante (promissory estoppel) ……. 729
7. La doctrina de los actos propios y el promissory estoppel (PE)…….. 730
7.1. La DAP y el estoppel equitativo inglés……. 730
7.2. Caso de la representación aparente y la DAP como escudo procesal…….. 734
7.3. Estoppel by acquiescense……. 737
7.4. La DAP y el PE…….…….…… 739
7.5. Limitaciones de la doctrina de los actos propios…… 741
8. Aplicación del PE a casos comerciales…….…… 743
9. Conclusiones…….…….…….……. 748

CONCLUSIONES GENERALES……. 750

ANEXOS…….. 759

Anexo I. Referencias a la obra del Digesto de Ihering……. 760
Anexo II. Referencias en el Digesto Relacionadas a la Buena Fe, la Mala Fe y el Dolo…. 806
Anexo III. Jurisprudencia del Civil Law Sobre la CIC (RINP)…… 987
Anexo IV. Jurisprudencia sobre el Promissory Estoppel…….. 1047

BIBLIOGRAFIA……. 1172

ABREVIATURAS

CIC	Culpa in Contrahendo
PE	Promissory Estoppel, o estoppel promisorio
RINP	Ruptura Injustificada [maliciosa] de Negociaciones Preliminares
DAP	Doctrina de los Actos Propios
SRC	Segundo Restatement de Contratos
DR	Detrimental Reliance, o confianza detrimental

ANGLICISMOS

Promissory Estoppel	=	Estoppel promisorio, oferta promisoria
Equitable Estoppel	=	Estoppel equitativo
Detrimental Reliance	=	Confianza detrimental
Reliance	=	Confianza

Introducción

El tema que nos ocupa en esta obra versa sobre la comparación de la Culpa in Contrahendo ("CIC") en el Derecho Civil o Continental con la figura del Promissory Estoppel ("PE") del Derecho Común (*common law*) norteamericano (comúnmente llamado -o mal llamado- "americano"), sobre todo para sopesar cuál de las dos figuras es más justa y más eficiente.

Sin embargo, es necesario delimitar perfectamente el campo de estudio. No vamos a comparar el PE con la CIC en general, lo que vamos a comparar es el PE con una de las vertientes de la CIC: la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares ("RINP"). En los próximos capítulos estudiaremos las tres vertientes de la CIC (deber de protección, deber de información y deber de negociar de buena fe, esta última también llamada Ruptura injustificada de negociaciones preliminares). Es entonces la comparación del PE con la RINP el tema de nuestro estudio a partir del estudio comparativo en ambos sistemas[1].

Como recordaremos, el sistema del *civil law* tiene su ancestro doctrinal e histórico en el Digesto, mientras que el *common law* se basa en el precedente[2]. Es por ello que en el primer capítulo, nos abocamos a estudiar el tema de la responsabilidad precontractual a partir del análisis de la teoría de la CIC a partir de los postulados de sus padres fundadores para entender cómo

[1] A propósito de la diferencia de perspectivas entre el *Civil Law y el Common Law*, Galgano trae a colación una cita que parece resumir la diferencia entre ambos sistemas:

> Sigue siendo fundamental, en la división entre *civil law y common law*, la distinta forma de elaborar categorías jurídicas, en dependencia de su diversa fuente, preeminentemente legislativa, en el primero; preeminentemente judicial, en el segundo. El *civil law*, por lo menos aquel que ha producido las codificaciones, es el 'derecho de los profesores", su orgullo es la 'cientificidad', entendida como sistematización del material normativo dentro de vastas categorías ordenantes, caracterizadas por un alto grado de abstracción. Por el contrario, el *common law* descree de las generalizaciones, elabora categorías jurídicas muchísimo menos extensas, más fieles a la tipología de la realidad. Se puede decir, en los términos de la filosofía analítica, que el lenguaje jurídico de los *common lawyers* es el lenguaje 'de las cosas', que tiene por objeto las cosas que componen el mundo; el de los juristas del área romanística es, más bien, un metalenguaje, que tiene por objeto, no cosas, sino otros lenguajes. (Galgano, F. (2001). *El Crepúsculo del Negocio Jurídico. Teoría General del Negocio Jurídico*. Lima: Ara editores, p. 103)

[2] El sistema del precedente, el mismo que ha sido definido como el sistema de casos basados en lo que la costumbre o el hábito genera en torno a determinadas situaciones legales. Así Llewellyn los expresa: "¿Qué es el precedente? En términos generales, dejando de lado por un momento las peculiaridades de nuestra ley y de la doctrina legal, el precedente consiste en que un funcionario realice de nuevo, en circunstancias similares, sustancialmente lo que él mismo o su predecesor hizo anteriormente. La base del precedente, entonces, son las costumbres populares, o como instituciones, y lo que en el individuo conocemos como hábito. Y las cosas que contribuyen al precedente en este sentido amplio son las mismas que contribuyen al hábito y a las instituciones." (Llewellyn, K. (1930) *The Bramble Bush on Our Law and Its Study.* New York: Oceana Publication, Inc., p. 70.

Ihering en 1861 escribe su obra maestra sobre la Culpa in Contrahendo en busca de respuestas ante ciertas falencias del sistema extracontractual alemán y parece encontrarlas en figuras como el res extracomercium y la herencia inexistente del Digesto para formular sus postulados. Es preciso aclarar que Ihering postulo su doctrina basada en el deber de diligencia (diligencia in contrahendo); sin embargo, la doctrina posterior desplazó este deber de diligencia trocándolo por el deber de negociar de buena fe. Recuérdese que en el Digesto encontramos dos importantes pilares que sostenían las columnas del derecho romano: la diligencia y la buena fe. Entonces la doctrina posterior (Larenz, Windscheid, Leonhard, etc.) introduce el deber de buena fe como motor de la CIC, haciendo de esta cic u dolo in contrahendo. Es decir, al incorporar la buena fe como elemento de la CIC, necesariamente su correlato dialectico de la mala fe viene a colación (entendiéndose mala fe como lo hace el Digesto: el dolo, el engaño o hasta el fraude). De modo que si entendemos que la buena fe se presume y la mala fe debe probarse, de todas formas, la cic se reconduce al dolo de modo que esta termina devorando a la culpa haciendo de la cic un dolo in contrahendo (DIC), y de la ruptura "injustificada" de negociaciones preliminares (RINP) una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares (RMNP).

Asimismo, en el segundo capítulo estudiaremos las tres vertientes de la CIC a las que hacíamos mención, profundizando en la segunda vertiente de la cic (el deber de informar). En este capítulo soslayamos nuestra sindéresis al estudio de la primera vertiente (deber de protección) por cuanto la similitud con el sistema extracontractual es significativa.

De la misma manera, incluimos cuatro anexos a nuestra obra, el primer anexo contiene las citas del Digesto que Ihering utilizó en su obra. Este acápite es importante por cuanto comprenderemos que Ihering no postuló a la buena fe como protagonista de su teoría. En el segundo anexo está referido al tratamiento del Digesto sobre temas como la buena fe, la mala fe, el dolo y el fraude, el que sirve de apoyo para entender de dónde derivan las dos primeras vertientes de la CIC (deber de cuidado y deber de informar) y estudiaremos cómo las citas del Digesto, oportunamente clasificadas, conllevan a afirmar que este importante cuero legislativo tenía dos pilares importantes sobre los que se asentaba su universo legal: la diligencia y la buena fe.

El tercer anexo gira sobre la comparación de casos del civil law basados en la CIC, más específicamente el RINP, bajo la lupa del PE. El cuarto anexo versa sobre los casos del common law norteamericano basados en la teoría del PE que se tratan de interpretar a la luz del RINP.

En el tercer capítulo estudiaremos el tema de la responsabilidad precontractual en el *common law*, sobre todo la figura de la misrepresentación, cuya similitud con la segunda vertiente de la CIC es paladina, mientras que la similitud con la tercera vertiente es realmente impactante. Esta comparación la hacemos a nivel doctrinal, trayendo a colación también las conclusiones de comparar la casuística de la RINP (vista con ojos del PE) en el apéndice III, y los casos del PE en el apéndice IV (vistos con la lupa de la RINP), lo que robustece nuestro aserto inicial de que la CIC se asemeja a la misrepresentación, dejando a la PE como una figura incomparable.

Entonces, ante esta conclusión preliminar, en el capítulo IV estudiamos el tema de la consideración, el mismo que a primera vista no tendría ninguna relación con el tema de la responsabilidad precontractual en el *common law*; sin embargo, el estudio de esta institución (la consideración) la hacemos para entender su nacimiento, su apogeo y su ocaso como figura que responda a todas las inquietudes societales. De los escombros de la teoría de la consideración, nace otra figura que es la PE, que será motivo de estudio en el V capítulo.

Además, es preciso aclarar que el objetivo de la comparación entre el PE con la RINP es determinar cuál de los dos es la figura más justa y más eficiente. Es tal vez un tema perverso o hasta transgresor; sin embargo, se nos representa como un tema académico interesante. Y esta comparación se da en medio de un nutrido debate sobre un sinnúmero de proyectos de unificación del derecho contractual europeo, cuyo destino final todavía está por definirse y cuya consecución final no es del todo clara, como lo sostiene Perales Viscasillas (2009, p. 159).

Es entonces en esta comparación del PE con la RINP, dentro de la relación negocial o precontractual de ambos sistemas[3]. Pero este trabajo no es un estudio comparativo del *common law* con el civil.[4] Lo que es destacable es que, bajo cualquier sistema (llámese *common law* o *civil law*), el ordenamiento jurídico tiende a resolver las necesidades del ser humano. Siguiendo a Corbin (1952) diríamos: "el propósito subyacente de la ley y el gobierno es la felicidad y la

[3] Corbin piensa que -pese a que los conceptos y doctrina estén en constante proceso evolutivo- existe un alto grado de uniformidad en el uso de los términos y en las decisiones de los casos, lo que nos da pie a un estudio comparativo cuidadoso. (Corbin, A. (1947). *Cases on The Law of Contracts. Selected From Decisions of English and American Courts with Extensive Critical Notes*. (Third edition). Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., p. 203).

[4] En esta órbita de pensamiento, Corbin pensó en la eficacia ínsita del *common law* para adaptar nuevas figuras a su ordenamiento jurídico: "La capacidad reconocida del *common law* para un crecimiento evolutivo ha permitido siempre a los tribunales reconocer nuevas razones para hacer cumplir promesas informales." (Corbin, A. (1952) *Corbin on Contracts*. Minnesota: West Publishing Co., p. 193).

satisfacción humanos, que se lograrán mediante la satisfacción de los deseos humanos en el grado más alto posible en la práctica" (p. 1).

Entonces, en la práctica es donde podemos entrever si una de las dos figuras (PE o RINP) es más justa y eficiente que la otra, es decir, si en la práctica una de ellas puede resolver los problemas de la responsabilidad precontractual más acuciante al ser humano de una manera eficiente y justa a partir de sus propios ordenamientos desde una perspectiva comparativa.

Como nota filosófica, brevemente dirigimos nuestra atención a la búsqueda de dos variables de nuestra tesis: 1) ¿Qué es "justicia"? y 2). ¿Qué es eficiencia?

Para Aristóteles (2001) la justicia es una virtud, y como virtud es un medio entre dos extremos, y es un bien ajeno, es decir es para otro (p. 155). Ahora bien, hay dos formas de justicia, una distributiva y otra correctiva. En cuanto a la justicia parcial distributiva que se da en una comunidad, existen transacciones voluntarias como la venta, compra, préstamo, fianza, depósito, alquiler (p. 158)[5]. Justicia es un justo medio entre extremos, entre el que tiene más de lo bueno y deja poco al otro, entonces es una proporcionalidad y lo expresa de la siguiente forma: "Y lo justo es un medio entre lo que es desproporcionado. Pues lo proporcionado es un medio y lo justo es proporcionado" (p. 159).

Y más específicamente al tema de las transacciones que nos convoca ahora, el tema del intercambio, de los contratos y de las contraprestaciones, Aristóteles (2001) piensa que no puede haber un intercambio sin proporcionalidad y no hay proporcionalidad sin conmensurabilidad (pp. 165-166). Este extremo lo veremos en los capítulos venideros, donde tanto la CIC como el PE tratan de restablecer el equilibrio alterado.

Entonces queda claro que lo justo o injusto se valora de acuerdo a un sistema de proporcionalidad. Symeonides (2015) explica que: "De hecho, la tensión entre la necesidad de seguridad jurídica y previsibilidad, por un lado, y la necesidad de soluciones flexibles, equitativas e individualizadas, por el otro, es tan antigua como la ley misma. Aristóteles describió esta tensión

[5] Entre las transacciones involuntarias tenemos, Aristóteles dijo: Y entre las involuntarias unas son furtivas, como el hurto, el adulterio, el envenenamiento, la prostitución, la corrupción de esclavos, el asesinato, el perjurio -y otras violentas como la agresión, la detención, la muerte, el secuestro, la mutilación, la calumnia, la maledicencia" (Aristóteles. (2001). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Alianza Editorial, p. 158).

hace más de 23 siglos cuando habló del papel de la equidad como un correctivo necesario del derecho positivo." (p. 1125)

Por su parte San Agustín (2000) definió a la justicia como dar a cada quien lo suyo[6], aunque dicha frase también la usó Cicerón. (p. 573).

Ahora bien, en el Digesto 10.1 (1.1) en encontramos la misma definición de justicia:

10. Ulpiano, Reglas, Libro I.

La justicia es el deseo constante y perpetuo de dar a cada uno aquello a lo que tiene derecho.

(1) Los preceptos de la ley son los siguientes: vivir honradamente, no dañar a nadie, dar a cada uno lo que le corresponde.[7]

Ahora bien, veamos ahora la definición del término "eficiencia". Para la Real Academia Española de la Lengua (2014), es la "capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos".

Estas dos variables "justicia" y "eficiencia" guiarán nuestra comparación en los próximos capítulos.

Para adentrarnos a estudiar comparativamente ambas figuras (PE y RINP), es necesario estudiar preliminarmente la fisonomía de cada institución. No se puede comparar algo que no se entiende, entonces debemos tener claro de dónde venimos, qué estudiamos y hacia dónde vamos.

Es de destacar que la CIC no es una figura aceptada por el Derecho Estadounidense, o sea por el *common law* americano. En el *common law* inglés, la figura parecida al PE podría analizarse en el "estoppel" inglés, mientras que en el *common law* americano la figura del "*promissory estoppel*" (PE) es legislado en el artículo 90 del Primer Restatement de los Contratos. Esta parte del estudio del artículo 90 lo dejamos al capítulo IV.

El tema de la CIC es muy amplio, es una figura que -como lo veremos a continuación- nace de las canteras doctrinarias del pensamiento del Profesor Ihering para -como lo dijimos anteriormente- copar un vacío legal sobre la responsabilidad extracontractual en la segunda mitad

[6] *Cuique suum tribure* (dar a cada quien lo suyo).
[7] Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm

del siglo XIX de Alemania. La figura fue concebida para endilgar responsabilidad contractual al actor que generaba la nulidad de un contrato y su consecuente obligación de indemnizar a la parte inocente. Posteriormente, la doctrina ha desarrollado esta figura y una rama de esta CIC nace del Código Civil italiano de 1942: nos estamos refiriendo a la Ruptura Injustificada de las Negociaciones Preliminares "RINP". A partir de esta asociación, la CIC se concibe -en este aspecto- como la búsqueda de responsabilidad precontractual a partir de la responsabilidad de una parte al quebrar la obligación de negociar de buena fe. Es a partir de la violación de la obligación de negociar (estamos hablando de la obligación de "negociar" y no de ejecutar el contrato) donde la responsabilidad precontractual nace como producto de esta violación.

Entonces, doctrinaria e históricamente, la culpa in contrahendo (CIC) tendría tres vertientes, es decir, la obligación de indemnizar deviene como fruto del incumplimiento de tres deberes impuestos por la ley: 1) Obligación de cuidado. 2). Obligación de informar defectos del producto. 3). Obligación de negociar de buena fe

En cuanto a la primera obligación de cuidado, en el *civil law* veremos que esta vertiente de la CIC ha sido asimilada por el derecho extracontractual, o sea el *neminem laedere* (no dañar a terceros, ni a su propiedad, ni al cuerpo o la salud de terceros). En el campo del derecho americano, estaríamos también frente al sistema de responsabilidad extracontractual (torts) derivado del deber de cuidado.

En cuanto a la segunda vertiente de la CIC, incumplimiento del deber de informar, también impuesto por la ley o la jurisprudencia en el *civil law*, se asemeja -en el *common law*- al deber impuesto también por ley de informar por el derecho de protección al consumidor.

En cuanto al tercer deber de negociar de buena fe, en el *civil law* es impuesto también por la ley o por la jurisprudencia, y esta vertiente llamada "Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares" (RINP) será la que sirva de plataforma de comparación con la figura del Promissory Estoppel americano (ahora bien, cabe adelantar que también el Promissory Estoppel tiene muchas vertientes, y luego veremos en el capítulo IV cuál de las vertientes del Promissory Estoppel será la que podría compararse con la RINP)[8].

[8] Para Schulzke (2013) la figura del PE es similar con la figura de la CIC y otras, así al comentar sobre un caso, opinó que el demandante: "Podría invocar la doctrina del Promissory Estoppel, el cuasicontrato, la culpa in contrahendo o una doctrina similar."

Tanto la primera como la segunda vertiente de la CIC no serán nuestros derroteros de análisis. Nos centraremos a analizar solamente la tercera vertiente de la CIC (RINP) con el PE para ver cuál de ambas figuras es más justa y más eficiente.

De otra parte, en el sistema del *common law* (del *derecho común*), la responsabilidad extracontractual de los "torts" (vamos a usar este anglicismo de "*torts*" porque no encontramos un término en español que reemplace este concepto del *common law*), nace a partir de la violación de una obligación que la ley le impone. Por ejemplo, en un accidente automovilístico, un conductor tiene la obligación impuesta por la ley de conducir su vehículo con cuidado y diligencia. Al momento de colisionar otro vehículo que se encuentra delante de él, y después de las indagaciones policiales, se determina que el chofer que chocó por atrás fue negligente porque rompió o violó la obligación de manejar diligentemente, y por ende tiene la obligación de reparar los daños personales y patrimoniales de la víctima, en cuyo caso el seguro de automóvil del agresor (*tortfeasor*) se encargará -por él- de indemnizar a la víctima (por daños patrimoniales y personales).

Entonces, en un sistema (extracontractual) de *torts*, los elementos serían:

1. Obligación ("duty").
2. Violación de la obligación o de un deber de cuidado ("breach of duty").
3. Negligencia ("negligence").
4. Reparación del daño producido ("damages") a nivel personal y/o patrimonial.

Por otra parte, en el sistema del *civil law* (derecho continental) lo que hace la RINP (como hija de la CIC) es más o menos equiparar la responsabilidad civil precontractual a este sistema de "*torts*" (del *common law*) a partir de la violación de la obligación de negociar de buena fe, sobre todo con mucha semejanza a la *misrepresentation*, que es un tort como lo veremos en el capítulo III. Entonces, en la RINP existe una obligación cuya ruptura o violación de la parte transgresora genera una responsabilidad de resarcir o indemnizar a la parte inocente. Más o menos, a grandes rasgos, el escenario es que una parte que está negociando un contrato (promisario) confía en las

(Schulzke, K. (2013). Lexis nexus complexus: comparative contract law and international accounting collide in the IASB-FASB revenue recognition exposure draft. *Vanderbilt Journal of Transnational Law - Vol. 46 Núm. 2*, 515-580, p. 528).

promesas que la otra parte le otorga (promitente) y en confianza de dichas promesas realiza un acto o una inacción o un movimiento financiero o un gasto (en atención a la confianza que la promesa del promitente le genera) para después descubrir que la parte promitente se echa para atrás dejando al promisario con un gasto que el promisario debe resarcir.

Entonces, en este tejido de la teoría precontractual, tanto el PE como la RINP tejen teorías y doctrinas y elementos que intentan entender por qué se resarce, en qué oportunidades y cuándo y cómo. Todo esto lo veremos en los capítulos siguientes.

Hablamos de teorías y elementos, porque, a grandes rasgos, lo que intenta resarcir es el interés negativo, o sea el gasto del promisario (daño emergente), pero no el lucro cesante (que es el interés positivo reservado para la figura contractual.)

Y por el lado del *promissory estoppel* ("PE") del derecho común (*common law*), vamos a estudiar la figura del PE norteamericano, porque no hay equivalente del PE en el derecho sajón o australiano (que también pertenecen al tronco derecho común). La figura más cercana al PE americano es el *proprietary estoppel* inglés (estoppel propietario). Y hacemos esta aclaración porque nos parece importante entender este aspecto antes de estudiar al PE en particular. El PE (norteamericano o americano), en sí es la hija del "estoppel" inglés, y veremos brevemente cómo el estoppel inglés pone un freno a una parte (promitente) que quiera utilizar un argumento o una promesa que sea falsa. En realidad, el estoppel mira al pasado y funciona como un "escudo", una protección para impedir -por ejemplo- que una parte pida que se le pague una cantidad de dinero cuando dicha parte envió la semana pasada un correo electrónico en el cual perdonaba el saldo de la deuda pendiente por diferentes razones. Entonces dicha parte no puede demandar el pago del saldo de una deuda que ha quedado perdonada, y es ahí donde funciona el estoppel, como un escudo o como una protección para impedir que dicha parte cambie de opinión.

Obviamente, el lector escuchará ecos de una figura romana llamada "Doctrina de los Actos Propios" ("DAP"), y como lo podemos observar en las obras de Diez Picazo, el estoppel inglés es hija legítima de la DAP ("*venire contra factum proprium non valet"***).** Sin embargo, no vamos a comparar el DAP con el PE ni con la RINP, porque la DAP o el estoppel inglés son conceptos que abarcan temas amplios como el derecho procesal o administrativo, o hasta constitucional. Eso va más allá de nuestro campo de acción que queda delimitado en los párrafos iniciales.

Entonces, Estados Unidos hereda esta figura del estoppel inglés, lo digiere y crea una figura que a partir de la primera mitad del siglo XX que se plasma en el artículo 90 del Primer Restatement de los Contratos. Es necesario aclarar que los "*Restatements*" no son códigos al estilo del derecho civil continental, sino que son guías para el juez y las partes, para que se gobiernen en el aspecto negocial. Profesores de la alcurnia de Holmes y Willinston crean esta figura del PE que no nace como un *tort* sino como una medida de responsabilidad contractual al dar respuesta a las insuficiencias de la teoría contractual de la consideración de los contratos, la misma que no queda abrogada pero sí debilitada (o robustecida, dependiendo del espectro por donde se la mire). La profecía del Profesor Grant de que la consideración iba a ser devorada por el PE y que los contratos iban a desaparecer (para ceder su reinado a los torts) no se ha cumplido y en verdad pese a que la consideración ha sido relegada al aspecto contractual todavía se la usa diariamente para referirse al "quid pro quo" de las negociaciones, básicamente como un fin evidenciario que demuestra la existencia de un contrato, y a partir de ello, se gestan las obligaciones.

Pues bien, la concepción del PE nunca estuvo ni está en la actualidad enancada en la figura de la buena fe ni tampoco en ninguna obligación (como sí lo está la RINP, gran diferencia). La figura del PE no arranca como una violación de una obligación, porque no existe una obligación de negociar de buena fe: todo lo contrario (y de ahí lo perverso de este estudio). Como veremos en los casos posteriores, en el *common law* el principio de negociar de buena fe no existe: los jueces piensan que negociar de buena fe entorpece el "*self interest*" o sea el interés propio que cada parte busca al momento de negociar. Por ahí vemos una gran diferencia.

Pero no se piense que el tema de la bona fides (buena fe) es extraño al *common law*. Sin embargo, la teoría de la buena fe está relegado a los contratos de bienes y su ejecución de buena fe (mas no existe obligación de negociar de buena fe). Es decir, recién existe la obligación de ejecutar de *buena fe* un contrato sobre bienes ya formado, pero no por formar, dentro de los alcances del UCC (*Uniform Commercial Code*). Hablamos de los contratos sobre bienes, mas no de los contratos de servicios, porque ni aún en los contratos sobre servicios existe la obligación de ejecutarlos de buena fe, lo que no significa que lo puedan ejecutar de mala fe, simplemente no existe tal obligación.

También estudiaremos en el capitulo III como el *common law* americano ha incorporado la obligación de no defraudar o actuar de mala fe, de donde la buena fe se entiende en sentido

excluyente, es decir, para evitar todo aquello que conlleva la mala fe como el engaño. Esta teoría la encontramos en el Segundo Restatement de Contratos y Segundo Restatement de Torts.

Un aspecto interesante para analizar es que el debate constante sobre la naturaleza jurídica de la Culpa in Contrahendo (CIC), es decir, si pertenece al ámbito contractual o extracontractual, se refleja de manera más estructurada en el *common law* a través de la figura de la misrepresentation. Esto se debe a que puede haber una misrepresentation que busque la rescisión del contrato (donde se debe demostrar que la falsedad fue fundamental para el contrato) o la reclamación de daños en un contexto extracontractual (donde se debe demostrar el fraude, es decir, la mala fe).

Este extremo es harto importante de entender, porque en el plano internacional, veremos cómo algunos instrumentos (y otros no) suscritos por naciones como EE.UU. y España, tales como el *Unidroit*, *Uncitral*, etc., hacen referencia a la obligación de negociar de buena fe.

Pues bien, entonces en la segunda mitad del siglo XX nace el Segundo Restatement de los Contratos en los EE.UU. y ya la fisonomía del PE queda totalmente separada de la figura de los *torts*, pero queda poco claro si el PE se entronca como una figura precontractual o extracontractual o contractual. En todo caso, los elementos del PE, adelantamos, son los siguientes:

1. Promesa, hecho, omisión, en el marco no solamente de negociaciones preliminares sino también promesas en el entorno familiar o suscripciones de caridad o en el entorno comercial.
2. Confianza en esa promesa que genera un daño (detrimental reliance o confianza detrimental en esa promesa).
3. Una acción u omisión en confianza de esa promesa ("*Overact*", o sea realizar una acción u omisión en función de esa promesa que conlleva a un daño emergente).
4. Resarcimiento de dicho daño si la justicia lo dicta. (En muchas situaciones singulares también se resarce el interés positivo, o sea el lucro cesante). Pero no solamente se puede obtener un resarcimiento económico, puesto que en muchos casos de puede demandar el "specific performance" o cumplimiento de las promesas, así como en un contrato.

Véase en este enfoque preliminar que ya notamos dos diferencias entre la RINP y la PE, cuales son:

1. La obligación de negociar de buena fe de la RINP, frente a la ausencia de la obligación de negociar de buena fe en el PE.
2. El daño emergente a resarcir en la RINP, frente al interés negativo (daño emergente) y el interés positivo (lucro cesante) del PE. Pero no solamente el PE se detiene en el tema del resarcimiento, sino también se lo puede usar como una herramienta (causa de acción) para el cumplimiento específico de un contrato, pese a que no se haya concluido.
3. El RINP se limita al tema de la responsabilidad precontractual por la ruptura injustificada de negociaciones preliminares, mientras que el EP abarca situaciones de donaciones entre miembros familiares, de negociaciones preliminares, y de suscripciones donativas. Entonces el PE es más amplio y más estructurado.

A partir de este punto, podemos comenzar a considerar y evaluar cuál de las dos figuras, el Promissory Estoppel (PE) o la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), es más "justa y eficiente". Como veremos a continuación, la forma en que el PE se ha desarrollado como una figura independiente, alejada de las acciones por daños (tort), lo hace una figura eficiente con elementos bien definidos y mejor categorizados.[9]

Sin embargo, será a través del estudio comparativo de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de ambos sistemas donde podremos analizar de manera comparativa cuál de las dos figuras responde de manera más justa y eficiente a los desafíos planteados por la responsabilidad precontractual tanto para el profesional del derecho como para el individuo en general.

[9] Por su parte, para cierto sector de la doctrina del *civil law*, el advenimiento de la figura del RINP es una demostración de los avances del derecho contractual hacia un derecho contractual "de cooperación, por oposición al más clásico y liberal de antagonismo entre las partes", al decir de García y Otero (2010). La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Contractual Europeo. *Revista para el Análisis del Derecho*, 2-62, p. 54).

CAPITULO I

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y LA CULPA IN CONTRAHENDO (CIC) EN EL CIVIL LAW

1. Introducción. 2. Concepto doctrinal de la *Culpa in Contrahendo* (CIC). 2.1. Definición de CIC. 2.2. Posturas doctrinales. 2.2.1. El *dolus in contrahendo.* 2.2.2. La *diligencia (culpa) in contrahendo.* A). Incompetencia del sujeto. B). Incompetencia del objeto. C). La inconsistencia de la voluntad contractual. 1). Inconsistencia en la declaración: figuras hipotéticas. 2). La falta de fiabilidad de la voluntad misma. a). Retractación de la oferta al concluir el contrato en ausencia. b). Cambio de voluntad en la celebración de contratos a través de intermediarios. c). Muerte del oferente antes de la aceptación en la celebración de contratos a distancia. d). Desistimiento de una oferta pública. 2.2.3. Desarrollo doctrinario posterior. A). Inicios de la Transformación de la c*ulpa in contrahendo.* B). El Giro hacia la *buena fe* en la teoría de la c*ulpa in contrahendo.* C). Teorías sobre la buena fe y el deber de cuidado. D). Teorías sobre la buena fe y lealtad en la negociación. 2.2.4. Figuras alternativas al *dolo in contrahendo* y la ruptura maliciosa de negociaciones preliminares. A). La teoría de las estancias sucesivas. B). La teoría del contacto social y contacto social calificado. 3. La integración del dolo en la *Diligencia in Contrahendo.* 4. Figuras similares a la CIC. 4.1. La doctrina de los Actos Propios (DAP). A). Definición de la Doctrina de los Actos Propios (DAP). B). Buena Fe como fundamento de la DAP. C). Historia de la DAP. 4.2. Contratos preliminares. 4.3. El abuso del derecho. 4.4. Las cartas de intención (Letters of Intent). 4.5. El *falsus procurator.* 5. Naturaleza jurídica de la CIC. 5.1. Crítica de la Responsabilidad Contractual y de la Responsabilidad Extracontractual. 5.2. El contacto social calificado como posible respuesta al debate contractual v. extracontractual de la CIC. 6. Conclusiones

1. Introducción

El capítulo que tenemos por delante es un estudio pormenorizado -casi enciclopédico- de la teoría[10] de la *Culpa in Contrahendo* (en adelante "CIC") a partir de tres planos vitales de tratamiento: un plano histórico conceptual (que arranca sus raíces en el Digesto y las Doce Tablas), un plano doctrinario (donde estudiaremos el legado conceptual de los padres de esta teoría) y otro plano normativo (donde trataremos de revisar lo más brevemente posible el tratamiento normativo de esta figura en la esfera legal interna de diferentes naciones del *civil law*, en concomitancia con cuerpos normativos supranacionales).

Estos tres planos se correlacionan y conjugan de manera entrelazada[11]. Como veremos en las páginas siguientes, el creador de la doctrina de la CIC (Ihering) concibió esta figura para dar

[10] Para Nickel la CIC es una doctrina, la llama así en alemán *Lehre von der culpa in contrahendo*, que se traduce como "doctrina de la culpa en la contratación" (Nickl, U. (1992). La calificación de la culpa in contrahendo en el derecho internacional privado. Frankfort: Peter Lang, p. 52). En otras partes, Nickel la llama "principio" (ver Nickel, 1992, pp. 67-68).

[11] Para Reder el concepto de CIC abarca una amplia gama de cuestiones, incluidas las "Aufklärungs- und Beratungspflichten" (deberes de información y consulta) y las "schuldhafte Verursachen von Unwirksamkeitsgründen" (causación negligente de causas

respuesta a un problema que avizoró en la normatividad alemana, donde el sistema de responsabilidad extracontractual[12] no daba respuesta a situaciones donde existía un daño económico o patrimonial ("*pure economic loss*")[13] es decir un puro daño financiero[14], puesto que la responsabilidad extracontractual se enfocaba en los daños provocados a la persona, el cuerpo o la salud[15]. Entonces Ihering escarbó los 50 libros del Digesto -cuyas citas las podemos encontrar en el anexo I- para cimentar su teoría sobre la base de la diligencia[16]. Ihering ideó la CIC con la idea de que fuera una diligencia[17] in contrahendo, y explícitamente advirtió que la buena fe no podía ser el fundamento de su obra[18].

La doctrina posterior a Ihering incorpora la buena fe como elemento motor de la CIC, incorporando la mala fe[19] como inescapable correlato filosófico doctrinario (cuya mala fe se

de nulidad). Esto sugiere que las tergiversaciones podrían caer dentro del alcance de la culpa in contrahendo (Reder, W. (1989). *La responsabilidad personal de terceros no contractuales en el derecho internacional privado.* Constanza-Alemania: Hartung Gorre, p. 144).

[12] Según Mustafaraj la teoría de Ihering se basa en dos puntos principales: la responsabilidad derivada de la falta en la formación del contrato y la clasificación del daño como positivo y negativo (Mustafaraj B. (2019). Modern legal systems and the principle of "Culpa in Contrahendo": A review of the Albanian model of pre-contractual liability on a Roman-Germanic model reference. En *Academicus International Scientific Journal*. Tirana-Albania: Academicus, p. 2-4).

[13] Nunes Fritz cree que el BGH (Tribunal Federal de Justicia) ha hecho depender la responsabilidad por culpa in contrahendo de la aparición de una pérdida financiera, que puede surgir de tergiversaciones realizadas durante las negociaciones contractuales. (Nunes Fritz, K. (2018). *La culpa in contrahendo en el derecho alemán y brasileño. Un régimen precontractual basado en el derecho alemán de obligaciones*. Berlin: Walter de Gruyterp, p. 443). De la misma forma, Quiring entiende que el derecho contractual extiende esta protección a las pérdidas puramente financieras (Quiring, T. (2006). *Derecho de responsabilidad y seguros. Problemas jurídicos de lo contractual y responsabilidad extracontractual y derecho de seguros.* Frankfort: Peter Lang, p. 100).

[14] Reder explica que el concepto surgió históricamente de las "unzulänglichkeiten des deutschen Deliktsrechts" (insuficiencias de la legislación alemana sobre daños) y es una "behelfslösung" (solución provisional). Esto implica que puede estar relacionado con tergiversaciones, ya que está destinado a abordar lagunas en el derecho de daños (Reder, W. (1989). *La responsabilidad personal de terceros no contractuales en el derecho internacional privado*. Constanza-Alemania: Hartung Gorre, p. 156).

[15] El texto del artículo §309 del BGB solamente se refiere a la obligación de indemnizar daños a la vida, el cuerpo, o la salud, mas no a la propiedad, es decir el solo daño económico quedaba excluido.

[16] Von Lackum (1970) considera "Sorgfaltspflichten" (deber de diligencia) y menciona que el "Gebot der contractlichen diligentia" (requisito de diligencia contractual) se aplica tanto a las relaciones contractuales existentes como en desarrollo. Además, Ihering sostiene que la primera y más general obligación al celebrar un contrato es ejercer la diligencia necesaria (Von Lackum, E. (1970). *Fusión y reorganización de culpa in contrahendo (Al mismo tiempo y 'incumplimiento positivo' una contribución a la enseñanza de la 'uniforme obligación de proteger la relación´).* Bonn: Friedrich Rheinischepp, pp. 63-65.)

[17] En este sentido, Grote expresa que la teoría de "culpa in contrahendo" de Ihering se basa en su estudio de fuentes del derecho romano y aboga por la exigencia de diligencia en las relaciones contractuales (Grote, T. (1984). *La responsabilidad personal de terceros como aplicación de la culpa in contrahendo.* Bochum-Alemania: Dr. N. Brockmeyer, p. 4).

[18] En el capítulo II veremos las tres vertientes de la CIC y estudiaremos el legado del Digesto con respecto a la buena fe, y su correlato dialéctico: la mala fe, el dolo y el engaño, coetáneo al fraude. En este aspecto de la buena fe, adelantamos, De la Puente y Lavalle dice: "Pienso que si como se ha visto anteriormente la buena fe es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al Derecho quizá el mejor camino no es tratar de encontrar la noción de buena fe a través de las definiciones de ese elemento de la vida humana sino a través de la manera como se ha incorporado al Derecho que es algo positivo tangible." (De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Artículo 1362*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, pp. 331-332.)

[19] Ferro piensa que el retirarse de las negociaciones está generalmente justificado, excepto en los casos en que se haga de mala fe (Ferro, F. (1999). I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative. Milán: Cedam, p. 92).

asemeja al dolo[20] y al engaño)[21]. Este salto doctrinario de la diligencia[22] a la buena fe, conlleva irremediablemente a predicar la necesidad de probar la mala fe o el dolo (puesto que la buena fe se presume) generando que la CIC se convierta en un *dolo in contrahendo*[23], es decir, seremos testigos de la "integración" de la CIC[24].

De esta forma, la RINP (como hija legítima de la CIC), o, mejor dicho, como vertiente del *dolo in contrahendo*, pasa a ser -al introducir la buena fe como motor del entramado negocial- una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares. Y en este punto es donde toda la teoría enciclopédica cobra un sabor analítico puesto que postulamos que esta RINP se asemeja a la *misrepresentation* del *common law* (y no al promissory estoppel)[25].

Esta base teórica será de fundamental para entender los capítulos III y V donde procederemos a estudiar comparativamente casos del RINP vistos a la luz del promissory estoppel (en adelante "PE") y casos del PE vistos a la luz del RINP, respectivamente[26].

Premunidos de estas adveraciones preliminares, procedamos a nuestro análisis.

---

[20] Furmston y Tolhurst sugieren que la mala fe podría considerarse una conducta fraudulenta (Furmston, M. & Tolhurst, G. (2016). *Formación del contrato. Ley y práctica.* Oxford: CPI Group, p. 394). Luego, Paez-Maletz aborda el tema de culpa in contrahendo donde la "mala fe" durante las negociaciones incluye tergiversaciones (Paez-Maletz, P. (1992). *La protección de la confianza en la celebración de contratos en el derecho estadounidense. Una comparación con la responsabilidad por romper las negociaciones del contrato en Alemania.* Colonia: Lameli, pp. 319-320).

[21] Kozolchyk asocia la mala fe a las tergiversaciones como base de la CIC (p. 92), mencionando: "una conducta de mala fe de una parte contratante durante la fase precontractual o de negociación de la transacción" (Kozolchyk, B. (2014). *Contratos comerciales comparativos. Derecho, cultura y desarrollo económico.* Saint Paul-Minnesota-EE.UU.: West Academic, p. 963, 1117).

[22] Seong habla de la culpa leve referida a la diligencia de un buen padre de familia (Seong, S. (2004). *El concepto de cumplimiento indebido desde el punto de vista histórico y jurídico comparado.* Francfort del Meno: Peter Lang, p. 123).

[23] Sobre esta figura, ya Mommsen, contemporáneo de Ihering, trató este tema con destreza, analizando dicho concepto de "*dolus* in contrahendo" (engaño en la contratación) y sus implicaciones para el comprador y el vendedor. Sostiene que el comprador debe demostrar que el vendedor era consciente de la importancia de la información oculta para el comprador. Si el vendedor afirma que el comprador conocía los hechos verdaderos, la carga de la prueba recae en el vendedor para demostrarlo (Mommsen, F. (1879). *Discusiones Desde el Código de Obligaciones*. Leipzig, Alemania: J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung, pp. 150-151)

[24] Como veremos en el capítulo II, la CIC tiene tres vertientes (el deber de cuidado, el deber de informar, el deber de negociar de buena fe). Esta tercera vertiente es conocida en el derecho continental como la "ruptura injustificada de negociaciones preliminares" (en adelante "RINP"). Esta vertiente viene reforzada por un tratamiento legal de los Códigos más influyentes del *civil law*: el Código alemán y el código italiano.

[25] Las figuras de la misrepresentation del *common law* la estudiaremos en el capítulo III, mientras que el promissory estoppel (fruto de las falencias de la consideración) la estudiaremos en el capítulo V.

[26] Para Faggella, la teoría de Ihering se basa en varios conceptos, incluyendo la libertad de voluntad y menciona que la teoría es una aplicación de una teoría más general relacionada con principios generales del derecho (Faggella, G. (1918). *Periodi precontractuali e la responsabilidad precontractual.* Roma: Appia Nuova, pp. 19-22, 53-64, 122-137, 160).

2. Concepto doctrinal de la culpa in contrahendo (CIC)

2.1. Definición de CIC

Culpa in Contrahendo (CIC) es una expresión latina acuñada a partir de la doctrina esbozada por el tratadista alemán Rudolf Von Ihering[27], en su obra del siglo antepasado (1861), intitulada "Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 4, 1861[28], que básicamente significa la "culpa en la conclusión del contrato."[29]

Lo que plantea Ihering es una teoría en la cual un contrato aparentemente válido deviene ineficaz a consecuencia de causas existentes en el período de formación del contrato[30], que eran conocidas o debieran ser conocidas por uno de los contratantes, entonces el otro contratante (la parte inocente, la que confiaba en que el contrato iba a desplegar sus efectos) sufre un daño como producto de la anulación del contrato[31]. Es decir, el que durante el proceso de formación de un contrato -o sea en la etapa "in contrahendo" del contrato- incurre en "culpa", debe indemnizar a la parte inocente[32] de los daños sufridos en un contrato que, pese a su nulidad, despliega sus efectos.[33]

---

[27] Pardolessi piensa que el concepto "culpa in contrahendo" se originó con la obra de Ihering. (Pardolesi, P. (2011) El Estoppel Promisorio, La Promesa Unilateral Y la Culpa En Contrahendo: ¿Relaciones Peligrosas? *En Seminario de Derecho Privado Comparado de la Universidad de Bari Aldo Moro, Facultad de Derecho en Toronto*. Bari: Cacucci Editore, p. 30). De igual forma, el mismo Pardolessi en otro artículo lo expresa de la misma forma (Pardolesi, P. (2009). *Promissory Estoppel: Confianza y vinculación de la promesa*. Bari-Italia: Cacucci Editores, pp. 1-2). En este sentido, Carwright también cree que Ihering ha descubierto esta teoría. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press (p. 69).

[28] Dachenhausen hace una interpretación de esta obra bajo el título "Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen" que se traduciría como "Culpa in contrahendo" o compensación por daños en casos de contratos nulos o no completados (Dachenhausen, T. (1983). *La culpa en contrahendo en el derecho internacional.* Napoles: Giannini, p. 123).

[29] Como lo dice Asúa González: "El trabajo pretende encontrar la base para la responsabilidad de una de las partes intervinientes en un contrato si éste resulta nulo y origina daños al otro contratante, que había confiado en la validez del contrato." (Asúa González, C. (1989). *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos).* País Vasco, España: Editorial Ellacuria, p. 25).

[30] Para Wulff la CIC fue desarrollada para atender los daños provocados por contratos imperfectos o nulos (Cfr. Pardolesi, P. (2009). *Promissory Estoppel: Confianza y vinculación de la promesa*. Bari-Italia: Cacucci Editores, pp. 60 y ss).

[31] Por su parte Tomassi expresa que Ihering fue el primero en poner énfasis en la di satisfacción con las soluciones que no reconocían responsabilidad por danos causados en relación a un proyecto contractual (Tommasi, S. (2012). *Prácticas comerciales desleales y regulación de la actividad negociadora*. Bari-Italia: Cacucci Editores, p. 5).

[32] Según Choe, la teoría de Ihering se basa en una serie de diferentes principios e ideas, incluyendo: fuentes del derecho romano, la protección del comprador en casos de nulidad del contrato, el concepto de "culpa" o falta, la distinción entre intereses positivos y negativos, y la idea de que la ley está en constante evolución. Muchas de estas ideas se mencionan varias veces a lo largo del documento (ver Choe, Y. (1988). *Culpa en contrahendo by Rudolph Jhering.* Gottingen: Publicacion Otto Schwartz y Co., pp. 16-282).

[33] Así lo explica Asúa González:"La concepción originaria de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* puede ser resumida así: quien haya sufrido daños debido a la nulidad de un contrato -el origen de la nulidad puede ser relativamente amplio y estar en relación con el sujeto, objeto o consentimiento- puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la

A este respecto, Ihering (1969, p. 14) decía: "Nuestra queja se basa en esto… que el vendedor indemniza al comprador respecto de aquellas acciones perjudiciales a las que le ha causado la creencia en la validez del contrato." Es decir, estamos frente a un contrato que aparentemente es válido pero que resulta nulo[34] a consecuencia de una violación en la etapa anterior[35], pero no de cualquier "culpa lata" sino de aquellas relacionadas con el contrato, donde Ihering (1969: 16) agrega: "más bien a menudo meramente en el sentido objetivo del estado de ser engañado de alguna manera inducido (sin ninguna intención de ninguna otra persona dirigida a ello)."

Asimismo, Ihering (1969) distingue el dolo de la culpa[36] en la etapa de formación del contrato, en el siguiente sentido:

> La igualdad de la lata culpa con el *dolus*, que se afirma en algunos pasajes, sólo puede relacionarse con las relaciones contractuales. ¿A dónde llevaría si alguien en circunstancias extracontractuales pudiera ser demandado por *culpa lata* así como o por dolo? Un comentario descuidado, la comunicación de un rumor, una noticia falsa, un mal consejo, un juicio precipitado, la recomendación de una de las mismas criadas indignas por parte del antiguo patrón, información solicitada por un transeúnte sobe el camino, el tiempo, etc., en suma, todo y todo obligaría a la culpa lata existente a pesar de toda buena fe, a resarcir el daño causado por ella, y el acto. A tal punto, de dolo se convertiría en un verdadero flagelo… toda imparcialidad en la conversación desaparecería, la palabra más inofensiva se convertiría en una soga. (pp. 12-13).

Un aspecto interesante que resulta importante destacar es que para Ihering la responsabilidad por CIC es una responsabilidad contractual, no extracontractual. Así Valdés Duque (1991) lo expresa: "La nulidad del contrato no borraba todos los efectos del mismo sino los

acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la justificación o la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una *culpa in contrahendo* en el declarante, culpa que se entiende no tanto como criterio de imputación subjetivo sino que se viene a identificar con la antijuridicidad." (Asúa González, C. (1989). *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos).* País Vasco, España: Editorial Ellacuria, p. 29)

[34] Kakatsakis usa el término de contrato incumplido o invalido como motor de los danos en la teoría de Ihering (Kakatsakis, S. (2007). *La culpa in contrahendo según el nuevo derecho de obligaciones.* Tubinga: Koehler Druck, p. 202).

[35] Según García Rubio, La teoría de "Culpa in contrahendo" de Ihering se basa en la idea de que un contrato nulo todavía puede causar daño a una de las partes, y que el vendedor es responsable de los daños (García Rubio, M. (1991). *La responsabilidad precontractual en el derecho español.* Madrid: Tecnos, pp. 17-18, 24-25).

[36] Mustafaraj, haciendo eco de la doctrina de Ihering, sostiene que Ihering argumentó que las partes deben estar protegidas contra la negligencia al negociar un contrato. (Mustafaraj B. (2019). Modern legal systems and the principle of "Culpa in Contrahendo": A review of the Albanian model of pre-contractual liability on a Roman-Germanic model reference. En *Academicus International Scientific Journal*. Tirana-Albania: Academicus, p. 12).

referentes al cumplimiento específico de la obligación… la responsabilidad por culpa in contrahendo era una responsabilidad contractual" (p. 265)[37].

Queda entonces claro que la CIC es una figura que se usa para reclamar una indemnización de la parte inocente (ajena al vicio), la que soporta los gastos o daños negativos[38] a consecuencia de la nulidad sobreviniente del contrato a consecuencia de que la otra parte incurre en una causal concomitante con la voluntad, el objeto o el consentimiento en el período de formación de un contrato[39]. Lo que pareciera dirigir nuestra atención para identificar la CIC con la responsabilidad precontractual, no lo es en realidad, puesto que la CIC se concentra en la identificación de la nulidad del contrato por algún vicio o defecto de alguna de las partes en el periodo formativo. Esta parte de "período formativo" pudiera tentarnos a pensar que estamos frente a una responsabilidad precontractual; sin embargo, la concepción inicial de la CIC fue contractual, es decir, anular un contrato que rinde sus frutos y efectos, cuyo fundamento legal de la acción se enanca en el contrato nulo.

Todavía no estamos refiriéndonos a la RINP, que es una rama de la CIC, y que sí se puede equiparar la RINP con la responsabilidad precontractual. Este tema lo veremos más adelante.

2.2. Posturas doctrinales

Para entender con precisión el nacimiento de la CIC en el espacio y en el tiempo jurídico[40], tenemos que situarnos en la Europa de los siglos XVII y XVIII[41]. En estos tiempos campeaba la

[37] En este sentido, Haiduk considera que la teoría de Ihering sobre la CIC se basa en la idea de que incluso un contrato nulo puede tener efectos (Haiduk, B. (1970). *La culpa in contrahendo en la relación de trabajo.* Wurzburg-Alemania: Dr. Gunther Kuchenhoff, p. 5).

[38] La teoría de Ihering, nos dice Simonsen, permite la compensación por el interés contractual negativo, que es el foco de la teoría (Simonsen, L. (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, p. 92).

[39] La teoría del interés negativo de Ihering ha tenido posterior repercusión en la legislación del derecho continental. Por ejemplo, Lundstedt piensa que la teoría del interés contractual negativo es complementaria de la teoría de la confianza en Suiza y Alemania (Lundstedt, V. (2014). *La jurisprudencia como ciencia*. Lima: Palestra Editores, p. 165). En este sentido, Zuloaga también cree que la teoría incluye la noción del "interés contractual negativo" (Zuloaga, I. (2019). *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective*. Cambridge: University Press, p. 171). En línea similar, Bohrer alude al interés negativo como contractual (Bohrer, M. (1980). *Responsabilidad del garante de la disposición. Una contribución a la enseñanza de la responsabilidad negative de fideicomiso.* Ebelsbach del Meno-Alemania: Verlag Rolf Gremer, p. 46).

[40] Según Mussy, la teoría de Ihering Parece que gira en torno a los intereses del sistema económico-social (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., p. 114).

[41] En este sentido Cabrillac ha considerado que el Código Civil de 1804 de Napoleón se centraba en la formación rápida e instantánea de contratos, donde la oferta y la aceptación coincidían en un solo momento. Esta forma de formación contractual era adecuada para contratos menores y cotidianos, pero no era eficaz para los contratos más grandes y complejos, que requieren negociaciones prolongadas, como en la banca, la construcción inmobiliaria o los seguros. El Código no abordaba específicamente las negociaciones precontractuales. Una reforma, basada en jurisprudencia y en propuestas de Catala y Terré, sugirió incluir en la ley el régimen de negociaciones precontractuales, permitiendo que estas etapas previas se integren en un antecontrato. (Cabrillac, R. (2016). El Nuevo Derecho Francés De Los Contratos. *Revista de derecho Themis*. *Núm. 70, p. 61).*

teoría subjetiva de la voluntad, de Savigny, en la que la voluntad es la expresión de un sistema de filosofía individualista de autonomía de la voluntad. Sin embargo, esta teoría no estuvo exenta de errores, y de allí nace -en el siglo XIX- la teoría de la declaración de voluntad como reacción a los excesos de la teoría de la voluntad. Veamos brevemente lo que cada uno de los padres de esta teoría expuso, especialmente Ihering.

2.2.1. El *dolus in contrahendo*

Mommsen (1879) no sólo fue un contemporáneo de Ihering (quien será analizado en la próxima sección), sino también una de sus influencias más significativas. Dado que la historia ha otorgado más reconocimiento a Ihering, parece que, en última instancia, la teoría de Ihering (1861) converge hacia los conceptos de Mommsen sobre el dolo in contrahendo[42], un concepto que guarda similitudes con la tergiversación o la representación falsa (misrepresentation).

Mommsen (1879) sostiene que la intención del vendedor de engañar no siempre es necesaria para que el comprador tenga un reclamo válido (pp. 148). El concepto de "*dolus* in contrahendo" (engaño en la contratación) y sus implicaciones para el comprador y el vendedor son analizados al detalle por este autor que sostiene que el comprador debe demostrar que el vendedor era consciente de la importancia de la información oculta para el comprador. Si el vendedor afirma que el comprador conocía los hechos verdaderos, la carga de la prueba recae en el vendedor para demostrarlo (p. 149)[43].

Mommsen (1879) pasa a estudiar el concepto de "actio doli" (acción por fraude) y su relación con el concepto de "*dolus* in contrahendo" (engaño en la contratación). Sostiene que el comprador debe probar una relación causal entre el engaño del vendedor y la decisión del comprador de celebrar el contrato, luego analiza la importancia de determinar si el contrato es válido o no, y las implicaciones para la acción legal del comprador. Se opone a la idea de que el comprador debe sufrir daños para poder emprender acciones legales (p. 152).

Al igual que las misrepresentaciones que veremos en el capítulo III, Mommsen (1879) sostiene que el comprador debe probar que no habría celebrado el contrato si hubiera conocido la verdad de los hechos (p. 154), es decir, sostiene que el comprador siempre puede exigir la rescisión

[42] Este tema lo veremos al detalle más adelante en este capítulo.
[43] Para Laszlo, bajo la teoría de Ihering la carga de la prueba de negligencia recae en la parte lesionada, excepto en el caso de un contrato (Laszlo, C. (1966). *Sanciones civiles.* Budapest: Edición académica, p. 154).

del contrato si el vendedor ocultó fraudulentamente un hecho material (p. 155). Este aserto guarda idéntica armonía con la Sección 161(b) del Segundo Restatement de Contratos[44] que establece que la falsedad o tergiversación material es pieza clave para solicitar la rescisión del contrato (pp. 154-156).

Mommsen (1879) sostiene que el ocultamiento o simulación de un hecho no establece automáticamente una reclamación de daños y perjuicios, sino que debe tenerse en cuenta el contrato. También analiza la importancia de determinar si el comprador tiene derecho a rescindir el contrato basándose en la ocultación fraudulenta de un hecho material por parte del vendedor (p. 158).

Mommsen (1879) analiza la *actio* redhibitoria, que permite la rescisión de un contrato si el comprador no está satisfecho con los bienes recibidos. Sostiene que la acción redhibitoria debe admitirse del mismo modo que la acción de rescisión basada en fraude (p. 160). Asimismo, el autor analiza el derecho del comprador a reducir el precio de una compra si ha sido engañado por el vendedor. Sostiene que la reducción del precio se basa en los mismos principios que la *actio quanto minoris*, que permite la reducción del precio si el artículo vale menos de lo que pagó el comprador. También analiza las diferentes circunstancias en las que el comprador puede tener derecho a una reducción del precio, como por ejemplo si el comprador no habría pagado tanto si no hubiera sido engañado (p. 163). También analiza el derecho del comprador a reclamar daños y perjuicios además de la reducción del precio si ha sufrido otras pérdidas como resultado del comportamiento fraudulento del vendedor p. 163). El autor analiza el derecho del comprador a elegir entre una rescisión del contrato o una reducción del precio (p. 164).[45]

Por otro lado, Mommsen (1879) analiza el derecho del comprador a reclamar un interés en el cumplimiento, en lugar de un interés negativo, en los casos en que el contrato sea válido. Sostiene que, en algunos casos, la reclamación del comprador basada en un interés en la ejecución no conducirá a un resultado significativamente diferente que una reclamación de reducción del precio. Sin embargo, Mommsen también sostiene que en los casos en que el precio de compra cotizado sea inferior al valor real del artículo, el comprador puede reclamar una cantidad mayor

[44] Second Restatement of Contracts [SRC]. 1981. (EE.UU.).
[45] Este aspecto resulta interesante puesto que en el *common law* existe la posibilidad de elección entre la rescisión como fruto del numeral 161(b) del Segundo Restatement de contratos, y el numeral 551(1) del Segundo Restatement de Torts, como lo veremos en el capítulo III.

persiguiendo un interés en el cumplimiento. El documento también analiza la posibilidad de que el comprador reclame un *lucrum cesans*, o lucro cesante, como parte de un interés en el cumplimiento (p. 166).

Mommsen analiza el concepto de "*dolus* in contrahendo" o fraude en la contratación. Hace referencia a dos pasajes del código de obligaciones, L. 57. §. 1. D. de contrah. em. (18. 1) y L. 30. §. 1. D. de acto. emti (19.1), como prueba del incumplimiento de un contrato. Sostiene que el comprador tiene derecho a reclamar un interés en el cumplimiento, en lugar de un interés negativo, en los casos en que el contrato sea válido[46]. También analiza la posibilidad de que el comprador reclame un *lucrum cesans*, o lucro cesante, como parte de un interés en el cumplimiento (p. 167).

Finalmente, Mommsen (1879) analiza las consecuencias del fraude del comprador, que pueden incluir que se induzca al vendedor a vender un artículo que de otro modo no habría vendido, o a un precio más bajo (p. 170), con ello la equiparación con la misrepresentation queda consolidada donde el *dolus* equivale a fraude (p. 182), argumentando que la "lata culpa" no se le da ningún significado independiente, sino que sólo se considera equivalente a "dolus" en términos de sus efectos (cuya igualdad sólo debe aplicarse de forma limitada (pp. 196.)

2.2.2. La *diligencia (culpa) in Contrahendo*

Entonces, en medio de esta vorágine, nace la teoría de Ihering[47], quien observa que la voluntad (que es decisiva en la formación del negocio jurídico), resulta viciada[48] por alguna causal que hace que el negocio sea anulable y genere un detrimento resarcible a favor de la parte inocente o ajena al vicio[49]. Su teoría se enfoca en el ámbito contractual, argumentando que la

[46] Como veremos a continuación, es Ihering el que postula la teoría de la indemnización del dano basado en el interes negativo. Por su parte, Sabbagh-Farshi explica que la teoría de Ihering de 'culpa in contrahendo' se basa en la idea de que debería existir responsabilidad por el interés negativo en casos donde un contrato es inválido o no se completa debido a la culpa de una de las partes (Sabbagh-Farshi, F. (2008*). Responsabilidad precontractual en el derecho de compraventa de las Naciones Unidas y en los principios Unidroit y Lando, incluido el derecho alemán e inglés.* Hamburgo: Peter Lang, pp. 70-71).

[47] Zaccaria ha señalado que Ihering es el autor de la teoría de la CIC que trata sobre la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones precontractuales (Zaccaria, A. (2014). La resistible ascensión del "contacto social". *Revista IUS ET VERITAS, N° 48, Julio 2014,* 56.

[48] Según Hahn, en la teoría de Ihering, la responsabilidad precontractual surge en casos donde un contrato es inválido debido a la culpa de uno de los socios negociadores (Hahn, A. (2004). *Reclamaciones de remuneración por servicios en ausencia de una base contractual. Un viaje a través de cuatro europeos jurisdicciones.* Berna: Stampfli, p. 331).

[49] Para Valdés Duque la concepción originaria de Ihering consiste en que: quien haya sufrido daños debido a la nulidad de un contrato (el origen de la nulidad puede ser relativamente amplio y estar en relación con el sujeto, objeto o consentimiento) puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una *culpa in contrahendo* en el declarante, culpa que se entiende no tanto como criterio de imputación subjetivo sino que se viene a identificar con la antijuridicidad. (Valdés Duque, P. (1991). *La Responsabilidad Civil Derivada de los Tratos o Negociaciones Preliminares: La Culpa in Contrahendo*. Universidad Complutense de Madrid. Recuperado el 8 de noviembre de 2023, de https://hdl.handle.net/20.500.14352/38897, p. 49) Según Asúa González para Ihering, "quien incurre en culpa en el proceso de formación de un contrato debe indemnizar a la otra parte de los

responsabilidad surge como resultado de la nulidad del contrato[50], cuya nulidad también produce efectos[51].

Ihering (1861) es la figura central de la teoría de la Culpa in Contrahendo[52]. Es él quien acuña el término de *Culpa in Contrahendo* en su manuscrito de 100 páginas intitulado "Culpa in Contrahendo o de los Daños e Intereses en las Convenciones que no han Sido Perfeccionadas"[53], que trata de resolver los vacíos o lagunas del sistema de responsabilidad extracontractual encarnado en el texto del numeral 309 del BGB que dejaba excluida la posibilidad de resarcir el daño económico (*pure economic loss*), ya que este numeral solamente se enfocaba en los daños a la vida, el cuerpo o la salud.

Ihering empieza su teoría proponiendo un ejemplo referente a un error. Es el caso de un comprador quiere comprar 100 libras de un producto y confunde el símbolo de Libra por el Quintales. El vendedor le manda 100 Quintales, en vez de las 100 Libras (p. 150).

---

daños sufridos, cuando el contrato resulta nulo y origina daños al otro contratante (a la parte inocente, ajena al vicio)." (Asúa González, C. (1989). *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos).* País Vasco, España: Editorial Ellacuria, pp. 28-29). Es decir, el contrato resulta nulo a consecuencia de vicios existentes en el período de formación del contrato.

[50] Para Simonsen, la CIC es una de las obras de Ihering que trata sobre la responsabilidad por daños en casos donde un contrato es nulo o no se completa (Simonsen, L. (1997). Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones. Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, p. 951).

[51] Para Estevill, un contrato nulo o anulado aún impone obligaciones indemnizatorias (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, pp. 1068-1069).

[52] De la Puente y Lavalle dice a este respecto: "Este autor, considerado con razón como el precursor de la responsabilidad precontractual, planteó el tema de la culpa in contrahendo, entendiendo como tal aquélla en que incurren las partes en el período de formación del consentimiento contractual. Este período lo ubica él a partir de la formulación de la oferta" (De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Artículo 1362*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, p. 362). En el mismo sentido, Simonsen también cree que Ihering es el originador de la doctrina de CIC, que es vista como la base de la responsabilidad precontractual. (Simonsen, L. (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, p. 136). En este contexto, Schuetz manifiesta que Ihering es el fundador de la teoría de la CIC (Schuetz, M. (1996). *ONU falsificación y culpa en contrahendo.* Frankfort: Peter Lang, p. 79-81). Por su lado, Schaumburg también considera que Ihering es el "fundador" de esta doctrina. (Schaumburg, H. (1974). *Garantía por defectos materiales y culpa precontractual. §463 BGB y culpa in contrahendo*. Colonia: Peter Hanstein Verlag, p. 41). En el mismo context, Loges también lo califica a Ihering como el "fundador" de la doctrina (Loges, R. (1991). *La justificación de las nuevas obligaciones de declaración y la idea de protección de la confianza legitima.* Berlín: Duncker y Humblot, p. 30). Del mismo modo, Haftung también lo considera a Ihering el fundador, aunque añade que existen algunos casos de responsabilidad precontractual que preceden su trabajo (Ver Haftung, K. (1962). *Reclamaciones de Indemnización por Terceros por Culpa in Contrahendo*. Muster-Alemania: Universidad Westfalia Wilhelms). Por su parte, Garcí Rubio no lo llama el fundador, pero lo considera uno de los pioneros, y añade que los otros autores (que los veremos en este capítulo, llámese Windscheid, Siber, Leonhard, Larenz) han extendido su teoría (García Rubio, M. (1991). *La responsabilidad precontractual en el derecho español.* Madrid: Tecnos, p. 62, 84, 144).

[53] Adjuntamos como Apéndice 1 en esta obra un análisis detallado de la obra, especialmente en lo que respecta a sus fuentes romanas y la casuística, incluyendo referencias al Código de los Estados Prusianos de 1870 y al Código Civil de Austria.

El comprador podría invocar el error obstativo[54] y anular el contrato, pero si el contrato se anula, que sería responsable de los gastos del vendedor. Así, Ihering (1861) lo expone:

> Alguien quiere pedir 100 libras de una mercancía, pero confunde el signo de libra con el de quintal; llegan los 100 quintales y son rechazados por él. 0 se supone que el corresponsal de una casa de comercio ordena cierta mercancía en nombre del principal, pero se equivoca en el nombre de la misma. No cabe duda de que el contrato es nulo, siempre que pueda probarse efectivamente el error. Pero, ¿quién se hace cargo de los gastos de embalaje y envío desperdiciados? ¿La parte culpable no es responsable frente al oponente del reembolso de los gastos causados por su culpa? (p. 7)

Es decir, lo que Ihering (1861) quiere saber es ¿quién se hace cargo de los gastos del flete, embalaje, seguros, aduanas, y envío?[55] La respuesta es que es justo que el vendedor sea indemnizado por los gastos y ahí comienza a pensar cuál sería la base para indemnizar al vendedor por el error del comprador. En la doctrina, a partir de su vinculación con el derecho romano, no había respuesta. El comprador no había desplegado dolo o malicia[56], entonces el acto *doli* no sería recurrente. Tampoco podría aplicarse la doctrina de la responsabilidad contractual porque el contrato se había anulado, es decir no existía. Tampoco podría utilizarse la teoría de la responsabilidad extracontractual porque no es un daño que se realice a terceros sino al vendedor en el marco de un contrato nulo; sin embargo, cree que existe una acción de indemnización por la culpa del comprador durante este proceso de contratación. (p. 7-8).

Otro caso interesante que plantea Ihering (1861) se refiere al error del mensajero en transmitir el mensaje, lo expone de la siguiente forma:

> El del error del mensajero. Le pido a un amigo que viaja a Bremen que pida 1/4 de caja de puros a mi proveedor de puros, pero comete un error y pide 4 cajas. Me las envían, pero las rechazo. ¿El remitente tiene que hacerse cargo del doble de los gastos de transporte, o puede pedirnos al mensajero o a mí que se los reembolsemos? (p. 9).

[54] Para analizar con profundidad el tema del error durante las negociaciones como elemento exculpante de responsabilidad, puede consultarse Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, pp. 14-15, 271-316).

[55] Según Kozolchyk, la teoría de Ihering se basa en la idea de que se deben poder recuperar daños contra una parte cuya conducta culpable causó que un contrato sea inválido o impidió que se completara, con el fin de restablecer el statu quo (Kozolchyk, B. (2014). *Contratos comerciales comparativos. Derecho, cultura y desarrollo económico.* Saint Paul-Minnesota-EE.UU.: West Academic, p. 1032).

[56] Para Mommsen (1978) el "dolus" es sinónimo de fraude (p. 23) y sostiene que la "lata culpa" equivale a "dolus" y puede acarrear las mismas penas (Mommsen, F. (1879). *Discusiones Desde el Código de Obligaciones*. Leipzig, Alemania: J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung, pp. 182-183).

Ihering expone que según la doctrina imperante el mensajero era considerado como el responsable, pero esa solución no era práctica, por cuanto se estaría suplantando la figura del mandante (p. 10).

Otro ejemplo, muy importante, por cierto, y al que volveremos al final, puesto que Ihering mismo retoma este ejemplo al final de su obra, es aquel relacionado al error en la transmisión de una orden:

> La empresa X en Colonia encargó al banco Z en Frankfurt, a través de un telegrama, vender una cantidad significativa de ciertos valores gubernamentales en su nombre. Sin embargo, debido a algún error ocurrido durante la transmisión del telegrama, se omitió la palabra "vender" y el mensaje se entregó al destinatario en esa forma y fue ejecutado por él. Dado que los mencionados valores sufrieron una disminución considerable en su cotización poco después, la diferencia fue muy significativa, ascendiendo a alrededor de 30,000 florines, según creo. ¿Podía Z exigir que X le reembolsara esa cantidad? Este último lo negó, argumentando que el mandato, como todo contrato, requería consentimiento, pero que éste faltaba en el caso presente. Sin embargo, fue condenado por la autoridad competente; lamentablemente, no pude averiguar las razones de esta decisión, pero la propia decisión fue de gran interés para mí, ya que me reafirmó en mi convicción de que la vida no puede conformarse con la mera nulidad del contrato según el derecho romano en casos como éste y similares, sino que plantea una demanda ineludible de indemnización por daños y perjuicios. Sin importar cómo se pueda construir esta última teóricamente, una cosa estaba clara para mí: no se puede prescindir de ella en absoluto, y si el enfoque inicial que elegí de la ley Aquilia resultara insostenible, se podría encontrar otro enfoque teóricamente completamente satisfactorio para ella. (p. 10-11).

En su afán de encontrar el fundamento de esta acción reivindicatoria, Ihering (1861) evalúa cuidadosamente diferentes citas y textos del Digesto[57] en sus diversos libros[58], especialmente los referidos a la venta de una res extra commercium[59] (o sea la venta de un objeto no comerciable) y de una herencia inexistente (p. 11).

[57] Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm

[58] Remitimos al lector al Apéndice 1 donde exponemos al detalle el texto de las citas del Digesto que Ihering usó en su obra.

[59] Para Tomás Martínez, las bases romanas de las venas extra commercium fueron la base de la teoría de Ihering (Tomás Martínez, G. (2010). Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (Culpa in Contrahendo) en la Armonización Jurídica Europea. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, 17, 1*, 189).

En este momento es donde Ihering (1861) postula que la parte inocente tiene derecho a ser indemnizado por los gastos ocasionados por culpa del error de la otra parte, y a ello lo llama la culpa en la contratación[60], es decir la *culpa in contrahendo* (p. 11).

En esta búsqueda de fundamento para su teoría, Ihering (1861) arranca con una cita de Modestino en el Digesto, 62 § 1 de contr. em. (18, 1), que dice:

> Aquel que, sin saberlo, adquiera lugares sagrados, religiosos o públicos a través de particulares, aunque la compra no sea válida, aún podrá ejercer una acción contra el vendedor para obtener lo que le corresponde, a fin de no ser engañado. (pp. 12-13)

Hemos destacado tres partes importantes de esta cita. En la primera parte, "sin saberlo", se refiere al estado mental del comprador que adquiere un bien sin tener conocimiento de su existencia como *res extra commercium* (por ejemplo, un lugar sagrado, religioso o público). En el segundo énfasis, "aunque la compra no sea válida", se encuentra una pieza fundamental en la teoría de Ihering. Su objetivo es demostrar que, a pesar de que el contrato sea nulo, aún produce efectos[61], entre ellos, respaldar una acción del comprador para reclamar daños y perjuicios al vendedor. Por último, resaltamos el tercer aspecto, aunque Ihering no le dé mucha atención. Este aspecto se refiere a la necesidad de evitar una injusticia, lo que implica que esta transacción podría estar envuelta en mala fe o engaño[62], principalmente por parte del vendedor.

Posteriormente, Ihering (1861) brinda otra cita del Digesto, muy recurrente y muy en tono con la cita anterior (en especial al tercer énfasis que expusimos anteriormente, sobre el estado mental del vendedor): § 5 J. de emt. y vender (3. 23):

> Si alguien, a sabiendas, destruye en vano lugares sagrados o religiosos, así como lugares públicos o incluso un foro o basílica que no le pertenezca, y luego, si alguien, engañado por un vendedor, compra esos lugares como si fueran profanos o privados, tendrá una acción en contra del vendedor por lo que no le estaba permitido tener, para obtener lo que le corresponde ya que no ha sido engañado. Lo mismo se aplica si alguien compra a un esclavo como si fuera un hombre libre (p. 13).

---

[60] Para Rodríguez de las Heras, el trabajo de Ihering tiene su base en la teoría de la culpa en la contratación (Rodríguez De Las Heras Ballell, T. (2015). La Etapa Precontractual en la Contratación Mercantil. *Estudios Sobre el Futuro Código Mercantil: Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz Getafe*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 1804).

[61] Este extremo es rescatado por Cabanillas Sánchez, en el sentido que un contrato a pesar de ser nulo produce efectos y tiene derecho a que se compensen los daños (Cabanillas Sánchez, A. (2015). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 628,* pp. 754-756.

[62] Para Cartwright, una parte que ingresa en las negociaciones contractuales de mala fe es culpable (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, pp. 82, 104).

Como vemos en esta última cita que hace Ihering sobre el Digesto, en comparación con la cita anterior vemos una constante, cual es el estado mental del vendedor, se utiliza la palabra "para evitar se engañado" o "engañado por un vendedor"[63]. Este estado mental del vendedor, concomitante con la malicia o la tergiversación, en realidad no es motivo de sospecha o de análisis para Ihering (1861) quien está más interesado en analizar el fundamento de la acción reivindicatoria del comprador contra el vendedor. Es más, Ihering (1861) rechaza estudiar el fundamento de su teoría en el estado mental del vendedor porque considera que es irrelevante relacionar la malicia o la buena fe[64] con esta figura que debe ser de todas maneras vinculada con el contrato y no con la responsabilidad extracontractual:

> En primer lugar, la equiparación mencionada en algunos puntos entre la culpa lata y el dolus sólo se aplica a relaciones contractuales. ¿A dónde nos llevaría si alguien pudiera ser demandado por culpa lata en situaciones extracontractuales, al igual que por dolus? Una expresión descuidada, la difusión de un rumor, una información falsa, un mal consejo, un juicio imprudente, la recomendación de una empleada anteriormente despedida por parte del antiguo empleador, la solicitud de información sobre una ruta, el tiempo, etc., por parte de alguien que pasa, en resumen, cualquier cosa y todo exigiría la compensación de los daños causados debido a la culpa lata, a pesar de toda buena fe. La acción de dolo se convertiría en una verdadera plaga en la sociedad y las relaciones sociales perderían su espontaneidad, la palabra más inocente se convertiría en una trampa. Aparte de la referencia general mencionada en la nota 13, el derecho romano tampoco ofrece ninguna base para esta opinión. Por el contrario, la descarta de manera explícita al establecer que la acción de dolo se refiere específicamente a la intención fraudulenta. (p. 15).

De esta forma, Ihering cierra toda posibilidad de enlazar el fundamento jurídico de la CIC con la buena fe o la mala fe del actor, reconduciendo la figura del dolo a las acciones fraudulentas. Asimismo, Ihering es tajante al indicar que la CIC no tiene nada que ver con una responsabilidad extracontractual, es decir, con el deber de no daña a terceros. Esta cita de Ihering es sumamente interesante, por cuanto, como veremos en el capítulo III y anexo III, la jurisprudencia relaciona la CIC con el quebrantamiento de actuar de buena fe del vendedor durante la etapa negocial, y

[63] Para Von Lackum el tema central de la teoría de Ihering se centra en la diligencia, es decir en la obligación de actuar diligentemente tanto en las relaciones contractuales existentes como las que están en desarrollo. (Von Lackum, E. (1970). *Fusión y reorganización de culpa in contrahendo (Al mismo tiempo e incumplimiento positivo' una contribución a la enseñanza de la 'uniforme obligación de proteger la relación´').* Bonn: Friedrich Rheinische, pp. 63-65. En el mismo contexto, Bohrer argumetna que la obligación de actuar diligentemente se extiende a los contratos existentes y a los que se están desarrollando (Bohrer, M. (1980). *Responsabilidad del garante de la disposición. Una contribución a la enseñanza de la responsabilidad negative de fideicomiso*. Ebelsbach del Meno-Alemania: Verlag Rolf Gremer, pp. 42-44).

[64] Por su parte, Pouliadis, aunque concuerda con Ihering en que el fundamento de la teoría de la CIC reside en el deber de actuar diligentemente, aplicado tanto a las relaciones contractuales existentes como a las incipientes, difiere de Ihering al enfatizar la importancia de actuar con buena fe en estas relaciones. (pp. 31, 33, 40, 46, 79, 159, 209, 257).

muchas veces queda la CIC vinculada a la responsabilidad extracontractual en función del principio "*neminem laedere*" (no dañar a terceros)[65].

Por tanto, lo que a Ihering (1861) le interesa es que se indemnice al comprador por aquellas acciones perjudiciales del vendedor cuando un contrato resulte nulo (p. 16)[66], independientemente del estado mental del vendedor o de la parte que genera este daño, es decir, no le interesa si existe buena o mala fe en el actor, ya que la mala fe, o la malicia es una figura propia del fraude o del dolo.[67]

Ahora bien, otro aspecto interesante en los descubrimientos de Ihering se relaciona con los deberes de informar[68] sobre los defectos del objeto por parte del vendedor. Este aspecto lo veremos posteriormente, especialmente en la doctrina de Larenz, sin embargo, en cuanto a lo que acontece con Ihering (1861), en su obra cita una norma del Digesto que es pertinente aludir porque se refiere a las obligaciones de informar o divulgar los defectos: 1.1§1 de act. em. (19.1):

> (1) Si el vendedor sabía que la propiedad estaba sujeta a una servidumbre y lo ocultó, no puede evitar una acción de compra, siempre y cuando el comprador ignorara que esto era así; porque todo lo que se hace en violación de la buena fe está incluido en una acción de compra. Entendemos que el vendedor conoce la carga y la oculta, no sólo cuando no lo notifica al comprador, sino también cuando niega que dicha servidumbre esté presente, cuando se le pregunta al respecto[69]. Si sugieres, por ejemplo, que el vendedor dijo: "No se debe ninguna servidumbre, pero en caso de que aparezca una inesperadamente, no seré responsable", creo que estará sujeto a una acción de compra, porque la servidumbre existía y él lo sabía. Sin embargo, si el vendedor tomó medidas para evitar que el comprador descubriera que existía una servidumbre, sostengo que estará sujeto a una acción de compra. Y, en general, diría que, si actuó fraudulentamente al ocultar la existencia de la servidumbre, debe ser considerado responsable, pero no después de haber consentido en proporcionar la garantía. Estos principios son correctos cuando el comprador desconocía

[65] Cabrillac considera que Ihering influenció el derecho alemán al considerar negociaciones precontractuales que se quiebran, conllevando a una responsabilidad contractual (Cabrillac, R. (2016). El Nuevo Derecho *Francés De Los Contratos. Revista de derecho Themis. Núm. 70,* p. 62*).*

[66] Para Lauer, Ihering introdujo el concepto de 'interés negativo' en el contexto de 'contratos nulos o no perfeccionados (Lauer, J. (1983). *Obligaciones de información precontractual (especialmente hacia los consumidores) según la legislación suiza, alemana y francesa.* Berna-Suiza: Stampfli y Cie, p. 72). En similar sentido, Laszlo cree que la teoría de culpa in contrahendo compensa por daños cuando un contrato no es válido o no se completa (Laszlo, C. (1966). *Sanciones civiles.* Budapest: Edición académica, p. 175).

[67] Este extremo de la teoría de Ihering es totalmente ignorado por la doctrina posterior que equipara la doctrina de la CIC a la responsabilidad extracontractual (contra los deseos de Ihering) y la vincula al quebrantamiento del deber de actuar de buena fe por parte del vendedor.

[68] Widmer considera "el incumplimiento del deber consiste en la falta de información al socio negociador" y que "la no ocurrencia de información obligatoria" puede llevar a responsabilidad (Widmer, C. (2003). *Alcance de indemnización por contratos imperfectos. Demonstrado por la falta de voluntad y la terminación de las negociaciones del contrato.* Munich: Helbing y Lichtenhahn, p. 152).

[69] Caso de *misrepresentation*.

> la existencia de las servidumbres, ya que no se le considera haber ocultado nada cuando la otra parte lo sabe, ni se debe informar a quien no desconoce los hechos. (p. 16).

Muchos principios y teorías se pueden extraer con respecto a esta cita del Digesto, pero vamos a destacar dos que son realmente importantes. La primera teoría es la del *caveat emptor* (que el comprador lo descubra) que es la teoría del *common law*[70] que no impone una obligación del vendedor de informar[71] a menos que exista a sabiendas un defecto del objeto. Esta teoría se conduce con la cita del Digesto que acabamos de reproducir, tomado de la obra de Ihering (1861): "ni se debe informar a quien no desconoce los hechos" (p. 16). Sin embargo, la cita impone un deber de informar cuando exista conocimiento de tales vicios del objeto, so pena de caer en *misrepresentación* o tergiversación (malicia)[72] o hasta fraude. Es aquí donde el Digesto impone el deber de conducirse de buena fe dentro del marco contractual: "porque todo lo que se hace en violación de la buena fe está incluido en una acción de compra" (p. 16).

Ahora bien, llegamos al punto donde Ihering trata de definir el alcance de los daños y perjuicios. Es decir, hasta qué punto puede recuperar una persona, si es que estos daños se basan en el lucro cesante (aunado al interés de cumplimiento, al que llama interés positivo) o vinculado al daño emergente[73] (los gastos que son producidos negativamente por este contrato nulo, interés negativo):

> "¿Qué tipo de interés el *acto emti*[74] en nuestro caso, según la clara expresión del pasaje de Modestino y las instituciones: *quod ejus interfuit, ne deciperetur*?" ("Lo que le incumbía, para evitar ser engañado.") (p. 19).

Y esta cita se la compagina con otra del Digesto 1.23 § 1 de aed. (21, 1) que Ihering la cita en la nota 18:

> (1) Los ediles ordenan que todas las accesiones a la venta también sean devueltas, y todas las añadiduras que el propio vendedor haya proporcionado también deben ser reparadas;

[70] En el capítulo IV volveremos detalladamente a estudiar con exactitud los alcances de esta teoría en el *common law*.
[71] Canaris ha puesto énfasis en este tema, y trata sobre el del deber de proporcionar información veraz o de no ocultar información al celebrar un contrato (Canaris, C. (1982) Interrupciones en el Desempeño al comprar una Empresa. *Revista de Derecho Comercial y Corporativo, 11 año*, 396-434. Berlín: Walter de Gruyter & Co., p. 422).
[72] La figura del "misrepresentation" o tergiversación, será también motive de nuestro análisis posterior en el capítulo III de esta obra. Este tema es de suma importancia por cuanto el desarrollo casuístico de la CIC hace natural equiparar la CIC (no como la concibió Ihering inicialmente, sino como la doctrina la ha desenvuelto progresivamente) con la misrepresentación a través de la violación del deber de negociar con buena fe.
[73] Según Demkina, el interés negativo sería, en el sistema de Ihering, tan importante como el positivo (Demkina. A. (2020). *La relación jurídica precontractual es el objetivo de la base de la teoría.* Moscu: Perspectiva, p. 135).
[74] *Acto emti* se refiere a un contrato de compra-venta.

> de modo que ninguna de las partes, si se rescinde la venta, obtendrá algo más de lo que habría obtenido si la venta no se hubiera hecho. (p. 19).

Luego Ihering (1861), basándose en el Digesto, piensa que el daño resarcible muchas veces puede estar limitado al interés negativo[75] (o sea el interés de que un contrato no sea válido), pero muchas veces la acción indemnizatoria alcanza al interés positivo:

> Sin embargo, la celebración del supuesto contrato también puede haber resultado en un lucro cesante para el demandante, ya sea porque desestimó otra oportunidad para celebrar el mismo o simplemente no buscó una en una fecha posterior. El cochero que por error reservó para un día diferente al previsto, el posadero que accidentalmente reservó habitaciones en el domicilio en lugar de otra persona, no ha sufrido perjuicio positivo alguno por este error, sólo si ambos en si, como consecuencia de este pedido, ha rechazado otra oportunidad que se le presentó para vender su vehículo o sus habitaciones, esto es completamente equivalente a una pérdida de efectivo para ambos. Sin esa oportunidad, por supuesto, el descuido no habría tenido consecuencias adversas para ella.
>
> El interés negativo a veces puede alcanzar el nivel del positivo. En los dos últimos casos, los demandantes reciben exactamente lo que habrían recibido si se hubiera cumplido el contrato. (p. 21)

Pese a los esfuerzos de Ihering de delimitar su teoría y explicar que el daño resarcible es muchas veces positivo, el Desarrollo doctrinal y jurisprudencial, como lo veremos en el capítulo III y anexo III se limita al interés negativo[76] y no al positivo[77].

En este punto del manuscrito de Ihering (1861) todavía no ha explicado cuál es el fundamento de la teoría de la CIC, es decir, si es que el estado mental del vendedor (buena o mala fe) es el fundamento de la *actio emti* (indemnizatoria) del comprador. En este punto, Ihering (1861) comprende las limitaciones del Digesto y los textos romanos que no le brindan un sustento a la CIC[78], así lo sentencia:

---

[75] Piotet señala que la teoría de Ihering se basa en la idea de que, si un contrato no se completa o es inválido, la parte que sufre daños porque confió en la apariencia de un contrato válido puede buscar compensación de la persona responsable de la apariencia engañosa (Piotet, P. (1963). *Culpa en la contratación y responsabilidad precontractual en el derecho privado suizo.* Berna: Stempfli, p. 13).

[76] Según Chaussade-Klein, el interés negativo es central en la teoría de Ihering (Chaussade Klein, B. (1992). *La "obligación de renseignements" precontractual en el derecho francés.* Berlín: Peter Lang, p. 118).

[77] En efecto, este extremo será visto en el capítulo V donde veremos cómo el interés positivo es muchas veces recogido en una acción de Promissory Estoppel; mientras que en anexo III veremos los casos reducidos solamente al interés negativo.

[78] Estevill también subraya los vacíos que Ihering experimenta a partir de su lectura de los textos romanos (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, pp. 1023-1031).

> Siguiendo las fuentes, la versión anterior ha tratado de explicar los factores esenciales de los que depende nuestra pretensión de indemnización, pero ello en modo alguno da una idea de la naturaleza jurídica de la misma, y sin embargo se hace un juicio definitivo sobre ella indispensable no sólo desde el punto de vista del interés teórico, sino también con el propósito de un tratamiento dogmático más detallado de la relación. Las propias fuentes, como se ha dicho, no nos dan ninguna información directa sobre esta cuestión, pero en mi opinión, las indicaciones que proporcionan son más que suficientes para responderla. (p. 23)

Como vemos, Ihering concluye que las fuentes romanas no son explícitas en este tema[79], es decir, no puede encontrar el fundamento de la acción indemnizatoria en los textos romanos de manera contundente. Es a partir, del estudio concatenado de diversas citas del Digesto donde trata de extraer el fundamento de la culpa del vendedor[80].

Antes de responder esta pregunta, Ihering se detiene un rato a analizar que un contrato tiene dos efectos, uno principal y otro accesorio o secundario. Cuando el fin principal se ve truncado, es decir el objetivo fundamental se trunca a consecuencia de la nulidad del contrato, existe una consecuencia secundaria que deriva de esa nulidad (pp. 27-28). Es decir, un contrato nulo no es un ente muerto, sino que pese a que sea nula produce efectos, entre ellos el resarcitorio de la actio emti:

> La consideración anterior nos ha mostrado que el *acto emti* en su función de reclamación de daños y perjuicios en caso de nulidad del contrato no es un fenómeno aislado ni inexplicable, sino que, despojado de su extraña forma no contiene más que la simple frase: la celebración de un contrato no se limita a crear una obligación de cumplir, pero si este efecto por cualquier impedimento legal se excluye, bajo ciertas circunstancias, la obligación de pagar daños y perjuicios; la expresión "nulidad" del contrato, según la terminología romana y moderna, designa sólo la ausencia de ese efecto, no la ausencia de todos los efectos en absoluto." (pp. 29-30).

[79] En el mismo sentido Monsalve Caballero cree que la teoría de la CIC de Ihering nace a consecuencia de la falta de soluciones que observó en los textos romanos y compilaciones del Digesto (Monsalve-Caballero, V. (2013) *The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations. An Approach from European and Latin Amercian Law*. Universidad del Norte Revista de Derecho, *39,* p. 128.

[80] El énfasis del estudio de Ihering en los textos romanos es puesto de relieve por San Martín Neira, quien menciona que la responsabilidad contractual tiene su base en las fuentes romanas (San Martín Neira, L. (2013). Responsabilidad Precontractual Por Ruptura Injustificada De Negociaciones. *Revista Chilena de Derecho, vol. 40 N° 1*, 320).

Luego Ihering (1861) vuelve a preguntarse sobre el fundamento de este efecto secundario, es decir, quiere descubrir el fundamento jurídico, la base filosófica (no solamente político-legal o positiva) de la adjudicación de este actio emti, o del derecho a reclamar un interés negativo[81]:

> Entonces, ¿cuál es la razón o motivo legislativo de nuestra demanda? ¿Cabría pensar en vincularlo a la protección que la ley otorga al poseedor de buena fe? (p. 30).
>
> Porque la *actio emti* de nuestro comprador putativo no es la del modelo real… pero es una acción por daños completamente diferente, y luego la legislatura no podría en modo alguno valerse de la mera *buena fe* del comprador como base para cargar al vendedor, que no puede ser menos de buena fe, con la obligación de pagar daños y perjuicios. La medida só1o puede justificarse si al mismo tiempo la motiva un factor en la persona del vendedor. El poseedor de buena fe nunca está protegido a costa de terceros, y en el caso de la posesión de buena fe el demandado prevalece en ambos lados. (p. 27).

Ahora bien, Ihering (1861) se pregunta si el fundamento jurídico de protección al comprador frente al vendedor, radica en su buena fe[82], y desliza la posibilidad de la siguiente forma de que tal vez se encuentre en la buena fe del poseedor o comprador, pero después sepulta esta idea con la siguiente aseveración que extingue cualquier insinuación de vincular su teoría con un deber de buena fe, ya sea del comprador, o un estado de posesión de buena fe del comprador:

> En cambio, es una demanda de indemnización completamente diferente, y además, el legislador no podría haber basado la obligación de indemnización para el vendedor únicamente en la buena fe del comprador, ya que el vendedor también puede actuar de buena fe. La medida solo puede justificarse si hay un elemento en la persona del vendedor que la motive. El poseedor de buena fe nunca está protegido a expensas de terceros, y en la bonae fidei possessio, tanto el demandante como el demandado actúan de buena fe. (p. 31).

Es en esta cita donde Ihering corta tajantemente con el concepto de buena fe como fundamento de la CIC[83], tanto la buena fe del comprador como la del vendedor. Es más, Ihering expresamente lo dice cuanto manifiesta que no es posible sustentar el derecho del comprador a una indemnización sustentado en su buena fe a costa de la mala fe del vendedor, puesto que el vendedor

[81] Estevill dice al respecto de ambos intereses: "Una y otra denominación (interés negativo e interés positivo) fueron acuñadas por Ihering" (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, p. 1049).

[82] Según Mussy, el trabajo de Ihering sobre 'Culpa in contrahendo' fue influyente en cambiar el enfoque hacia el principio de buena fe y corrección (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., p. 1).

[83] Sin embargo, para Gurpinar, la teoría de culpa in contrahendo de Ihering se basa en la idea de que se establece una relación de confianza entre dos partes cuando comienzan las negociaciones contractuales, obligándolas a actuar en el mejor interés de la otra (Gurpinar, D. (2006). *Responsabilidad jurídica derivada de no realizar consejos, consejos o información incorrectos anticontractuales.* Esmir-Turkia: Gursel Sengun, p. 142).

también puede actuar de buena fe, y si es así entonces ¿cuál sería el fundamento jurídico del acto emti?

A pesar de que Ihering define claramente el tema de la buena fe, la doctrina posterior, analizando los casos expuestos en el capítulo III de esta obra, muestra que el deber de negociar de buena fe es el pilar de la CIC. Esto contrasta con la intención original de Ihering de desvincular el estado mental del comprador o del vendedor del fundamento jurídico de la CIC. Como se analizará en el capítulo III, al asociar la base de la CIC al estado mental del vendedor, indirectamente se relaciona la malicia con los efectos indemnizatorios, una figura similar al "misrepresentation" del common law, que será explorado en el capítulo III.[84]

Entonces, si no es necesaria la representación mental o la intención del vendedor dentro de la CIC, para definir el fundamento jurídico de esta figura, y si se trata de delimitar la figura de la CIC con la del actio doli[85] que conlleva el elemento de la malicia o la mala fe (reminiscencia de la misrepresentation del *common law*), Ihering (1861) da un giro y cita una norma del Digesto que parece contradecir sus postulados. Se trata de 13§3 de act. emti (19.1):

> ¿Cuál sería el caso, sin embargo, si el vendedor no estaba consciente de que el esclavo era un ladrón y había asegurado que era frugal y fiel, y lo vendió a un precio alto? Veamos si sería responsable de una acción de compra. Creo que sería responsable, pero supongamos que desconocía el carácter del esclavo. No debería afirmar tan rotundamente algo que no sabía. Existe entonces una diferencia entre este caso y aquel en el que el vendedor conocía el carácter del esclavo, ya que quien sabe debería advertir al comprador que es un ladrón, pero en el otro caso, no debería estar tan dispuesto a hacer una afirmación imprudente.

De modo que, pese a no recurrir a la figura del dolo, Ihering (1861) recurre a la figura de la culpa por negligencia[86], es decir, porque el vendedor ignora algo que en realidad no debería ignorar: "La ignorancia del vendedor puede al menos excusarse plenamente (piense, por ejemplo,

[84] En efecto, para Nickel por ejemplo, la teoría de Ihering sobre la CIC se fundamenta en la idea de que la obligación de actuar diligentemente en un contrato se aplica tanto a los contratos existentes como a los potenciales (Nickl, U. (1992). *La calificación de la culpa in contrahendo en el derecho internacional privado.* Frankfort: Peter Lang, p. 24).

[85] Con respecto a la "actio doli" (acción por fraude) y su relación con el concepto de "dolus in contrahendo" (engaño en la contratación), Mommsen sostiene que el comprador debe probar una relación causal entre el engaño del vendedor y la decisión del comprador de celebrar el contrato, y también analiza la importancia de determinar si el contrato es válido o no, y las implicaciones para la acción legal del comprador. Mommsen se opone a la idea de que el comprador debe sufrir daños para poder emprender acciones legales (Mommsen, F. (1879). *Discusiones Desde el Código de Obligaciones*. Leipzig, Alemania: J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung, pp. 152-153).

[86] Reder explica que La teoría de Ihering se basa en la idea de que tanto las relaciones contractuales existentes como las emergentes deben estar protegidas por normas contra la negligencia (Reder, W. (1989). *La responsabilidad personal de terceros no contractuales en el derecho internacional privado.* Constanza-Alemania: Hartung Gorre, p. 12).

en el caso en que el vendedor era ciego); sin embargo, hay una culpa en vender; quien no esté completamente seguro de su causa, no debe vender" (p. 32).

Y si es así que existe culpa en el vendedor, pese a que pueda tener toda la buena fe del mundo, entonces el fundamento jurídico de la culpa, Ihering (1861) la hace recaer en la equidad[87]:

> El hecho de que el cliente, independientemente de una culpa por su parte, deba indemnizar al mandatario por el daño que sufrió como consecuencia del negocio que le fue encomendado (no sólo con ocasión de realizarlo) es una exigencia de equidad que el derecho romano prevé tanto en decisiones concretas como en forma abstracta. (p. 33).

Posteriormente Ihering (1861) llega a una conclusión importante. Cree que el sistema de responsabilidad extracontractual cubre las situaciones de dolo y malicia, pero que las situaciones de negligencia, o sea de culpa, están descubiertas. De allí que piensa que la ley debe amparar a la persona inocente de la culpa del vendedor de forma automática, y encuentra finalmente el fundamento de dicha culpa en la ausencia de un deber de diligencia[88] en la contratación por parte del vendedor[89]. Lo afirma de esta manera:

> Si despojamos a la culpa de su forma concreta, accidental en ambos casos, consiste en que el vendedor contrata sin poder prescribir en su persona los requisitos de validez del contrato y mediante la falsa apariencia del contrato la otra parte lleva por mal camino. Quien así contrata, pasa de la esfera puramente negativa de los deberes de las relaciones extracontractuales a la esfera positiva de la esfera del contrato, de la esfera de la mera *culpa in faciendo* a la de la culpa *in non faciendo*, la diligencia positiva, y la primera y más general obligación que por ella asume es la de emplear la diligencia necesaria al contratar. No só1o las relaciones contractuales existentes, sino las que ya se están desarrollando deben estar bajo la protección de las reglas sobre la culpa, si la relación contractual no se expone de la manera más sensible, cada contraparte debe estar expuesta al riesgo, la víctima se convierte en la negligencia de otra persona. Para salvaguardarlo de ella, no se debe

[87] Faggella discrepa con Ihering y considera que su teoría no es apegada a la realidad del fenómeno jurídico. Asimismo, cree que la equidad sólo se convierte en norma jurídica cuando el legislador se refiere a ella directa o indirectamente (Faggella, G. (1918). *Periodi precontractuali e la responsabilidad precontractual.* Roma: Appia Nuova, pp. 88-90).

[88] Esta falta en el deber de actuar diligentemente, Hahn lo extiende, tratando de interpretar a Ihering, tanto a las relaciones contractuales por existir y a las ya existentes (Hahn, A. (2004). *Reclamaciones de remuneración por servicios en ausencia de una base contractual. Un viaje a través de cuatro europeos jurisdicciones.* Berna: Stampfli, p. 334).

[89] En efecto, para De la Puente y Lavalle, Ihering centra su atención en la diligencia como motor central de su argumentación jurídica, sosteniendo que la CIC está basada en la idea de que el mismo nivel de diligencia debe ser aplicado tanto a la formación del contrato, así como a su ejecución, y que la responsabilidad nace desde el momento en que la oferta es extendida (De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Artículo 1362*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, pp. 362-365).

> esperar que se le garantice expresamente la ausencia de culpa o más específicamente, la existencia de los requisitos del contrato. La ley puede y debe liberarlo de esta carga, transfiriendo la asunción tácita de esta garantía al propio acto de contratar. En las relaciones extracontractuales, nadie puede exigir del otro garantía de la fiabilidad y veracidad de sus declaraciones y comunicaciones; la ley sólo le protege contra el dolo, no contra la culpa, y es responsabilidad propia si sufre daños debido a una confianza ciega en las afirmaciones de terceros, ya que debería haber conocido el carácter no vinculante de las mismas. (p. 37).

De esta forma Ihering parece redondear su doctrina y culmina diciendo que este deber de diligencia necesariamente gobierna todas las transacciones comerciales, y que, ante el quebrantamiento o incumplimiento de este deber contractual, entonces la parte culpable debe resarcir de los gastos incurridos por la parte inocente. Asimismo, vimos que Ihering estima que el sustrato o fundamento jurídico de esta obligación de actuar diligentemente en los contratos radica en la equidad.[90]

Muy bien, ahora regresemos por un momento a la cita inicial de Ihering sobre el Digesto. Al principio vimos que Ihering (1861) intenta resolver el misterio sobre la necesidad de resarcir a la parte inocente que ha sufrido daños y perjuicios, y cita la siguiente norma que la pasamos a reproducir: 62 § 1 de contr. em. (18, 1) (Modestino): Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica per privatis comparaverit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod intertuit ejus ne deciperetur.

La misma que se traduce como:

> Aquel que, sin saberlo, adquiera lugares sagrados, religiosos o públicos a través de particulares, aunque la compra no sea válida, aún podrá ejercer una acción contra el vendedor para obtener lo que le corresponde, a fin de no ser engañado. (pp. 12-13)

Como lo manifestamos anteriormente, Ihering trata de desligar el estado mental del vendedor y desvincularlo de toda forma de obligación de buena fe o mala fe, porque intuye que no tiene sentido basar su teoría de la CIC en el quebrantamiento o incumplimiento del deber de buena fe puesto que ambos -en vendedor y el comprador- tienen buena fe – o pueden tenerla, o presumirse

[90] La teoría de Ihering de 1861 trasciende los límites de su obra seminal, así lo señala Patrzek que dice que Ihering escribió un libro llamado 'Deutsches Privatrecht' en 1895 y que su teoría está relacionada con el concepto de 'culpa in contrahendo' (Patrzek, K. (1992). *La conexión accesoria contractual en el derecho internacional privado: ilustrada por el derecho de daños, la gestión sin mandato, el derecho de enriquecimiento injusto y la culpa in contrahendo.* Munich: Verlag y Florentz, p. 146).

que la tienen- y entonces concluye que la obligación de negociar de buena fe no es concluyente. (Ihering, 1861, p. 30)[91]

Sin embargo, para llegar a la conclusión de que el vendedor es responsable por los gastos incurridos por el comprador a partir de la culpa del vendedor, estima que el vendedor quebró una obligación que tácitamente viene impuesta en todo tipo de contratos, y que ante dicho incumplimiento la obligación de indemnizar resulta como una consecuencia natural: nos estamos refiriendo a la obligación de contratar con diligencia, cuyo incumplimiento (o sea la negligencia) amparada en la equidad, conlleva esa obligación resarcitoria[92].

Luego Ihering, para redondear nuestro planteamiento, pretende deslindar esta negligencia (que el derecho no protege) de la figura del dolo (mala fe) para reservarla ésta última a situaciones extracontractuales[93]. Sin embargo, la cita del Digesto[94] que acabamos de reseñar 62 § 1 de contr. em. (18, 1) (Modestino), tiene ínsito en su seno una referencia inevitable al estado mental o a una situación concomitante con el dolo (que es lo que Ihering quiere evitar, pero parece no poder lograrlo). En efecto, Modestino dice al final de su cita: "a fin de no ser engañado" (Ihering, 1861, p. 30).

Si lo que trata de hacer Ihering es proteger a la parte afectada, que según Modestino viene referido en la primera parte de la cita (Aquel que, sin saberlo") para referirse al comprador, no tiene sentido ninguna alusión al estado mental del vendedor. Es decir, si de lo que se trata es de resarcir el daño que el comprador se irroga al contratar "sin saberlo" con una parte, y donde el contrato queda "nulo" ("aunque la compra no sea válida"), no tendría sentido dar al acto emti un elemento adicional que oscurece la herramienta protectora, es decir, no tendría ningún sentido vincular el estado mental del vendedor ("engaño") o "evitar el engaño" con el efecto indemnizatorio porque de lo contrario estaríamos implícitamente asumiendo que el acto emti trata de "evitar un engaño", o sea se presume que el vendedor puede estar "engañando" al comprador,

[91] En el mismo sentido, Piotet pone énfasis en el concepto de "daños negativos" en la teoría de Ihering (Piotet, P. (1963). *Culpa en la contratación y responsabilidad precontractual en el derecho privado suizo.* Berna: Stempfli, p. 18).
[92] En este contexto, al relacionar la obligación de resarcimiento con la nulidad del contrato, Ojeda Guillén sostiene que la visión de Ihering es que el concepto de nulidad no debería ser interpretado de manera inflexible. (Ojeda Guillén, L. (2009). *La Responsabilidad Precontractual en el Código Civil Peruano*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, p. 112).
[93] Hahn también cree que la teoría de Ihering es contractual (Hahn, A. (2004). *Reclamaciones de remuneración por servicios en ausencia de una base contractual. Un viaje a través de cuatro europeos jurisdicciones.* Berna: Stampfli, p. 358).
[94] Como vimos anteriormente, Ihering se basa en los textos romanos del Digesto para formular su teoría, así también lo expone Ojeda Guillén. (2009). *La Responsabilidad Precontractual en el Código Civil Peruano*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, p. 51).

lo cual se contradice con el objetivo de Ihering de desvincular el acto doli (engaño) del acto emti (que es el fundamento de la CIC).

Este es, a nuestro concepto, el talón de Aquiles de Ihering (1861), y en realidad el talón de Aquiles de toda la teoría de la CIC. Esta confusión no es fácil de desterrar, y, a la luz del estudio del anexo III, veremos que la jurisprudencia ha asimilado el deber de diligencia al contratar (p. 37) como deber de negociar de buena fe, el mismo que se presume, y en consecuencia la casuística recurre al estado mental del vendedor (léase: mala fe, dolo, malicia[95]) para dar fundamento jurídico a la obligación indemnizatoria del vendedor. Exactamente lo que Ihering quiso evitar.

Con ello, pensamos, la CIC no solamente tiene tu talón de Aquiles en esta confusión entre el deber de contratar con diligencia (p. 37) con la buena fe del vendedor (p. 30), y esta confusión es la que se trasluce en la actualidad en todos los casos que hemos estudiado, y que se pueden muy bien analizar en el anexo III de esta obra. Es decir, la CIC tiene el germen de su propia destrucción a partir de esta confusión.

Asimismo, esta confusión no solamente ha generado este maniqueísmo entre el deber de contratar de buena fe (Ihering, 1861, p. 30) o con diligencia (p. 37), sino que ha extendido la CIC a la responsabilidad extracontractual (*culpa in faciendo*), extremo que Ihering también trató de evitar al tartar de limitar la culpa a la esfera contractual (*culpa in non faciendo*). (Ihering, 1861, p. 37)

Es por ello que, como lo veremos en el anexo III, la CIC se ha identificado con la responsabilidad extracontractual (*culpa in faciendo*), pese a la adveración de Ihering de limitarla a la esfera contractual[96] de la *culpa in non faciendo* (1861, p. 37), confundiendo en esta CIC el dolo con la culpa.

Y si revisamos las citas del Digesto[97] que Ihering utiliza para llegar a sus conclusiones, veremos que el Digesto se refiere a la mala fe, al dolo, a la malicia, al fraude y al engaño como

[95] Ordoqui Castilla también equipara el dolo con la mala fe: "en sentido amplio dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad, e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en el propio beneficia. Desde esta óptica el dolo se acerca a la figura de la mala fe y se contrapone a la noción ética de buena fe. El dolo generalmente consiste en una conducta contraria a las exigencias de buena fe." (Ordoqui Castilla, G. (2017). *Tratado de Derecho de los Contratos,* T. II, Vol. I. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales, p. 400)

[96] En este sentido Nickl usa el término vertraglichen Haftung que significa "responsabilidad contractual" (Nickl, U. (1992). *La calificación de la culpa in contrahendo en el derecho internacional privado.* Frankfort: Peter Lang, p. 146).

[97] Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm.

factores evitables de los cuales se pretende proteger al comprador. Veamos brevemente, cuáles son estas citas a las que hacemos mención, en el siguiente cuadro[98]:

Número de Página de la obra de Ihering (1861)	Referencia de Ihering al Digesto	Texto de la Referencia de Ihering
12-13	62 § 1 de contr. em. (18, 1) (Modestino)	Aquel que, sin saberlo, adquiera lugares sagrados, religiosos o públicos a través de particulares, aunque la compra no sea válida, aún podrá ejercer una acción contra el vendedor para obtener lo que le corresponde, **a fin de no ser engañado**.
13	§ 5 J. de emt. y vender (3. 23)	Si alguien, a sabiendas, destruye en vano lugares sagrados o religiosos, así como lugares públicos o incluso un foro o basílica que no le pertenezca, y luego, si alguien, **engañado por un vendedor**, compra esos lugares como si fueran profanos o privados, tendrá una acción en contra del vendedor por lo que no le estaba permitido tener, para obtener lo que le corresponde ya que no ha sido engañado. Lo mismo se aplica si alguien compra a un esclavo como si fuera un hombre libre
P.15 (nota 13)	1.1 § 1 si mensor (11. 6)	El Pretor concede una *acción in factum* contra un agrimensor de tierras, **ya que no debemos ser engañados** por él, ya que estamos interesados en obtener un informe preciso de las mediciones; por ejemplo, cuando surge una controversia respecto a los límites, o cuando el comprador o vendedor desea determinar el tamaño de la parcela de tierra a ser vendida. Concede esta acción porque las antiguas autoridades no consideraban que el contrato hecho con una persona de este tipo fuera de arrendamiento, sino que sus servicios eran donados como un favor, y por lo tanto, lo que se le daba a modo de remuneración era designado como honorario; pero si se presenta una acción por arrendamiento, debe decirse que se presenta sin propósito alguno. (1) **Esta acción sólo requiere la existencia de mala fe**. Se sostuvo que el agrimensor estará completamente restringido si sólo puede ser **demandado por mala fe positiva**, ya que no es civilmente responsable. Por lo tanto, si ha mostrado falta de habilidad, aquél que lo empleó sólo tiene la culpa a sí mismo, pero si fue culpable de negligencia, estará igualmente protegido; **y es evidente que la negligencia grave se asemeja a la mala fe**. Pero cuando recibe compensación, según los términos del Edicto, será responsable de todo

[98] En este capítulo nos referimos brevemente a la alusión de las citas del Digesto que Ihering utilizó en su obra de forma simplificada. El texto regular y amplio puede consultarse en el acápite No. 1 de esta obra.

		tipo de negligencia; sin duda, el Pretor sabe que las partes de este tipo trabajan a cambio de un pago.
P.15 (nota 13)	32 Dep. (16, 3)	Si devolvieres a Ticio una propiedad que te ha sido depositada por un esclavo de quien creías que Titius era el amo, cuando no lo era; no serás responsable de una acción de depósito, dice Celso, **porque no hay fraude de tu parte;** pero el amo del esclavo puede entablar una acción contra Titius a quien se entregó la propiedad. Si produce la cosa, puede recobrarla con una acción, pero si la usó sabiendo que era ajena, se le dictará sentencia contra él, **porque actuó dolosamente** para no quedar en la posesión.
P.15 (nota 13)	1.7 § 1 de susp. tut. (26. 10)	También él, con quien depositamos bienes, es responsable ante nosotros por ellos, y está obligado a devolver el mismo artículo que él mismo recibió. Mas si por negligencia perdiere lo que se le encomendó, quedará libre de responsabilidad, ya que no lo recibió para su propio beneficio, sino para el de quien lo obtuvo, y **sólo será responsable si alguno de ellos se perdió por fraude**. Sin embargo, no será responsable por negligencia el que confió su propiedad a un amigo suyo, que fue negligente, porque sólo él tiene la culpa. **Aún así, se ha decidido que la culpa grave se incluye en el delito de estafa**.
P. 15 (nota 13)	I. 226 de V. S. (50.26)	Si un esclavo vende la propiedad de otra persona en nombre de su amo, el comprador no tiene acción de compra. Incluso si el dueño tiene derecho a recuperar la propiedad por la condición, el comprador puede ser liberado por **una excepción por dolo**.
P.16 (nota 15)	1.1§1 de act. em. (19.1) [p. 16]	(1) Si el vendedor sabía que la propiedad estaba sujeta a una servidumbre **y lo ocultó**, no puede evitar una acción de compra, siempre y cuando el comprador ignorara que esto era así; porque **todo lo que se hace en violación de la buena fe está incluido en una acción de compra**. Entendemos que **el vendedor conoce la carga y la oculta**, no sólo cuando no lo notifica al comprador, **sino también cuando niega que dicha servidumbre esté presente, cuando se le pregunta al respecto**[99]. Si sugieres, por ejemplo, que el vendedor dijo: "No se debe ninguna servidumbre, pero en caso de que aparezca una inesperadamente, no seré responsable", **creo que estará sujeto a una acción de compra, porque la servidumbre existía y él lo sabía**. Sin embargo, si el vendedor tomó medidas para evitar que el comprador descubriera que existía una servidumbre, sostengo que estará sujeto a una acción de compra. Y, en general, diría que si actuó fraudulentamente al ocultar la existencia de la servidumbre, debe ser considerado responsable, pero no después de haber consentido en proporcionar la garantía. **Estos principios son correctos cuando el comprador desconocía la existencia de las servidumbres, ya que no se le considera haber ocultado nada cuando la otra parte lo sabe, ni se debe informar a quien no desconoce los hechos**. (p. 16)

[99] Caso de *misrepresentation*.

P.16 (nota 15)	1.14 §10 de aed. (21.1) [p. 17]	(10) Cuando la existencia de un defecto no fue mencionada expresamente por el vendedor, pero era de tal naturaleza que sería evidente para todos; por ejemplo, si el esclavo era ciego, o tenía una CICatriz manifiesta y peligrosa en la cabeza o en alguna otra parte de su cuerpo, Caecilius dice que el vendedor no será responsable por este motivo, de la misma manera que si hubiera mencionado expresamente el defecto, ya que se sostiene que el Edicto de los Ediles se refiere únicamente a enfermedades y **defectos que el comprador desconocía o podía desconocer.**
P. 20 (nota 21)	1er 13 pr. § 1-3 de la ley. em. (19. 1)	Juliano, en el Libro XV, establece una distinción en relación con la emisión de una decisión en una *acción de compra* entre una persona que vendió conscientemente la propiedad y una que lo hizo ignorando; porque él dice que cualquier persona que vendió un rebaño que está enfermo o una viga defectuosa, y lo hizo ignorando, debe cumplir con la reclamación en una *acción de compra*, en la medida en que el comprador habría pagado menos si hubiera sido consciente de dichos defectos. Sin embargo, **si él estaba consciente de ellos, y guardó silencio, y engañó al comprador**, **estará obligado a reparar toda la pérdida que el comprador sufrió por dicha venta**. Por lo tanto, si un edificio se derrumbara debido al defecto en el precio de la madera mencionada anteriormente, su valor total debe estimarse al calcular los daños; o si el rebaño muere por el contagio de la enfermedad, el comprador debe ser indemnizado en la medida del interés que tenía en la venta de la propiedad en buen estado. (1) Además, cuando alguien vende un esclavo que es un ladrón o que tiene el hábito de escaparse, **y lo hace conscientemente**, debe indemnizar al comprador por la cantidad de su interés en no ser engañado. Sin embargo, **si desconocía esto cuando vendió** al esclavo, será responsable con respecto a un esclavo que tiene el hábito de escaparse en la medida del monto menor que el comprador habría pagado si hubiera sabido que tenía tal hábito; pero no será responsable en absoluto cuando el esclavo sea un ladrón. La razón de esta distinción es que un esclavo fugitivo no puede ser mantenido bajo custodia, y el vendedor es considerado responsable, por así decirlo, por evicción; pero podemos controlar a un esclavo que es un ladrón. (2) Mucho se incluye en la cláusula que mencionamos, a saber: "En la medida del interés del comprador en no ser engañado", como, por ejemplo, si hubiera solicitado a otros que se escaparan con él o si hubiera robado bienes en el momento de su huida. (3) Sin embargo, ¿**qué sucedería si el vendedor no era consciente de que el esclavo era un ladrón** y había dado la garantía de que era frugal y fiel, y lo vendió a un alto precio? Veamos si estaría sujeto a una acción de compra. Creo que sería responsable, pero supongamos que desconocía el carácter del esclavo. No debería afirmar tan enfáticamente algo que no sabía. Entonces, hay una diferencia entre este caso y aquel en el que el vendedor conocía el carácter del esclavo,

		porque aquel que sabe debe advertir al comprador que es un ladrón, pero en el otro caso, no debería estar tan dispuesto a hacer una declaración apresurada.
P. 20 (nota 21)	1.1 § 2 de aed. ed. 21.1	La razón de la promulgación de este Edicto fue prevenir los fraudes de los vendedores y brindar alivio a los compradores que han sido engañados por los vendedores. Sin embargo, debemos entender que **el vendedor**, incluso si desconocía las cosas que los Ediles ordenaron observar, seguirá siendo responsable; y esto no es injusto, ya que un vendedor puede obtener fácilmente conocimiento de estos asuntos, **y no hace ninguna diferencia para el comprador por qué es engañado, ya sea por la ignorancia o la astucia del vendedor.**
P. 29 (nota 29)	1. 14 § 1 Com. div. (10. 3)	(1) Sin embargo, cualquier gasto que haya incurrido mientras creía que la tierra era mía y que, si se presenta una demanda para la recuperación de una parte de la tierra, puedo retener, por supuesto, alegando la **excepción basada en el fraude**; **se debe considerar si puedo retenerlos debido a la justicia de la acción misma, si se presenta una demanda de partición contra mí. Creo que la opinión más acertada es que puedo hacerlo, porque la acción de partición de bienes comunes es de buena fe, pero esto sólo ocurre cuando se presenta una demanda contra mí**; sin embargo, si yo vendo mi parte, no quedará nada de lo que pueda retener los gastos.
P. 29 (nota 30)	1. 45 de her. pet. (5. 3)	Si alguien se ofrece voluntariamente en la defensa de un caso sin tener la propiedad en su posesión, se dictará sentencia en su contra, a menos que pueda demostrar con la evidencia más clara que el demandante, desde el inicio del proceso, sabía que no estaba en posesión de la propiedad; porque, en estas circunstancias, **no fue engañado**, y aquel que se ofreció voluntariamente en la defensa de la acción de recuperación **será responsable por fraude**; y, por supuesto, **los daños deben ser estimados de acuerdo con el interés que tenía el demandante en no ser engañado**.
P. 29 (nota 30)	1. 39 de dolo (4. 3).	Si te ofreces a ti mismo a Titius con respecto a algo de lo cual no estás en posesión, con el fin de que otro obtenga el uso del mismo; y otorgas garantía de que el fallo se cumplirá, aunque puedas ser liberado, seguirás siendo responsable **por fraude**; y ésta fue la opinión de Sabinus.
P. 29 (nota 30)	1.25-27 pr. de reiv. 6. 1)	Cuando una persona asume la defensa de un caso sin ninguna razón válida, ya que no está en posesión **y no ha actuado fraudulentamente para evitar estar en posesión**, Marcellus dice que no puede hacer que se deseche el caso si el demandante no es informado de los hechos, y esta opinión es la correcta; sin embargo, esto se presume cuando se haya entablado controversia. Pero cuando una parte, antes de que se entable controversia, afirma que no está en posesión cuando en realidad no lo está, y no engaña al demandante y se retira, no puede considerarse que haya asumido la defensa del caso.

P. 29 (nota 30)	1. 95 §9 de solut.(46. 3).	(9) **Has incurrido en fraude** para evitar estar en posesión de lo que has tomado de una herencia perteneciente a otra persona. Si el poseedor entrega la propiedad en sí misma, o paga su valor tasado en el tribunal, la transacción será en tu beneficio, porque el demandante ya no tendrá un interés adicional en el asunto. Sin embargo, si tú, habiendo sido demandado previamente, **realizas un pago debido al fraude que has cometido**, esto no beneficiará de ninguna manera al poseedor de la propiedad.
P. 32	1. 1 § 2 de aed. (21.1)	La razón de la promulgación de este Edicto fue prevenir los fraudes de los vendedores y brindar alivio a los compradores **que han sido engañados por los vendedores**. Sin embargo, debemos entender que **el vendedor**, incluso si desconocía las cosas que los ediles ordenaron observar, **seguirá siendo responsable**; **y esto no es injusto, ya que un vendedor puede obtener fácilmente conocimiento de estos asuntos, y no hace ninguna diferencia para el comprador por qué es engañado, ya sea por la ignorancia o la astucia del vendedor.**
Página 33, nota 35	29 § 2 Mand. (17. 1)	Si el fiador, sin saber que el deudor ha pagado, realiza el pago por sí mismo, creo que tendrá derecho a una acción de mandato; ya que debería ser excusado si no había adivinado que el deudor ha pagado, ya que este último debería notificar a su fiador tan pronto como haya pagado, **para evitar que el acreedor se aproveche de él** y, aprovechándose de su ignorancia, obtenga de él la cantidad por la cual se convirtió en fiador.
Página 33, nota 35	1.2 §7 de ago. vender (18. 4).	La pregunta se plantea con frecuencia de si el vendedor del derecho a una propiedad debe compensar al comprador si ha obtenido algún beneficio debido al mismo. Este punto es discutido por Juliano en el Sexto Libro del Digesto. Él afirma que el heredero puede retener cualquier cantidad que haya cobrado y que no estuviera debida, y no será considerado responsable cuando haya pagado algo que no estaba debido; pues debe observarse la regla de que el heredero no está obligado a compensar al comprador una deuda que haya cobrado y que no estuviera debida, y tampoco puede cobrarle algo que haya pagado cuando no era debido. Sin embargo, si el heredero realiza un pago después de que se haya dictado una sentencia en su contra, será suficiente **que haya sufrido una decisión adversa sin ningún fraude por su parte**, aunque el acreedor no sea la parte a cuyo favor se haya dictado la decisión. Estoy de acuerdo con esta opinión.
P. 35, nota 39.	1. 19 1 loc. (19.2).	Si alguien alquila barriles defectuosos sin saber que lo son, y luego el vino se escapa, será responsable por la cantidad correspondiente al interés de la otra parte, **y su ignorancia no será excusable**. Esta opinión fue sostenida por Casio. El caso es diferente si alquilaste un terreno para pastoreo en el que crecían hierbas venenosas; en este caso, si alguno de los animales muere o se deprecia su valor**, y tú sabías de la existencia de las hierbas, debes indemnizar al arrendatario por la cantidad correspondiente a su interés; y si desconocías su**

		existencia, no puedes cobrar el alquiler. Esta opinión también fue sostenida por Servio, Labeón y Sabinus.

Como podemos apreciar, las citas que utilizó Ihering (1861) del Digesto, para formular el fundamento de su teoría de la CIC tienen ínsita una alusión al estado mental del vendedor que Ihering trata de separar para limitar la culpa *in non faciendo* con la obligación de actuar con diligencia. El problema es que el quebrantamiento de esta obligación de actuar con diligencia en la etapa contractual está embebido de dolo o culpa, entonces el efecto práctico es que en la práctica no ha sido posible delimitar la CIC al plano meramente culposo y excluir el dolo del estado mental del vendedor, máxime que, como se verá en el anexo III, la CIC queda asimilada a la responsabilidad extracontractual y al rompimiento de la obligación de negociar de buena fe. Con ello, la CIC trae consigo desde su partida de nacimiento, la confusión de la culpa con el dolo, confusión de la que nunca ha podido sacudirse, y que se vislumbra hasta en los mismos casos prácticos propuestos por Ihering (1861) al tratar de analizar secciones del Código Civil de Austria (ABGB)[100] o del Código de los Estados Prusianos (A.L.R.)[101], que es lo que veremos posteriormente.

Pero antes de entrar a analizar la casuística que Ihering tuvo en su tiempo jurídico, realiza una constatación que puede dejar perplejo a más de un autor. Así como comprobamos que Ihering (1861) no une su teoría a la buena fe (p. 30) ni a la responsabilidad extracontractual (p. 37) (como ya lo estudiamos anteriormente), Ihering (1861) nos trae otra revelación, si la Culpa in Contrahendo es por una negligencia (no dolosa), la pregunta sería ¿cuándo empieza el deber de actuar con diligencia? Esa pregunta es harto importante porque de allí podremos determinar el ámbito de aplicación de dicha doctrina. Ihering (1861) es contundente al decir que el primer paso del contrato es la oferta, pero el deber de diligencia no empieza allí sino hasta que la oferta haya sido aceptada:

> El primer paso hacia el contrato es la oferta. ¿**Empieza por ella la obligación de diligencia in contrahendo? Ciertamente: solo, mientras la oferta no haya sido aceptada, no puede causar ningún daño; si se revoca antes de la aceptación, la reclamación por daños y perjuicios no está justificada, incluso si la otra parte ha sufrido daños como resultado**. Este último es responsable de este daño. Cualquiera que sea lo suficientemente negligente como para actuar con motivo de una oferta en lugar de aceptarla de antemano,

[100] Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).
[101] Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).

> para tomar medidas para la ejecución del contrato, luego para contratar con terceros, etc., está en culpa él mismo, porque tuvo la posibilidad de revocando la oferta hasta el momento de su aceptación. Sólo en ese momento tiene derecho a continuar trabajando sobre la base del contrato, ya sea que se haya realizado realmente o sólo en apariencia, y si las medidas que tomó para este fin se llevaron a cabo a tiempo, pero no a tiempo para el conocido retiro de la oferta son frustrados, puede transferir las consecuencias desventajosas al oponente que le pidió a estas acciones. (p. 38).

Detengámonos por un momento a entender este principio porque, así como los otros principios (de que la CIC no está basada en la buena fe y no es participe de la responsabilidad extracontractual), la nueva revelación de Ihering es que la CIC no empieza en la oferta sino en la aceptación de la misma, y si nacen daños en el ínterin, estos daños son auto infligidos, es decir, son provocados por la propia negligencia del comprador[102].

Solamente hasta aquí podemos ver que Ihering (1861) no es partícipe de una responsabilidad precontractual, para él no existe responsabilidad precontractual ni extracontractual sino que la responsabilidad es contractual[103], deviene de la aceptación de una oferta que formaliza un contrato que luego deviene nulo[104], y genera sus efectos secundarios, como ya lo observamos anteriormente (pp. 37-38).

Más tarde volveremos a este punto cuando Ihering analiza los contratos en masa y unilaterales para reiterar el concepto de que la responsabilidad no es precontractual y si es que existe algún daño, éste es imputable al propio vendedor por su propia negligencia (p. 38). Entonces, pongamos una pausa en este recodo, con la promesa de regresar posteriormente, y retomemos la tarea que Ihering se impuso una vez de haber descubierto que su teoría está basada en la *diligencia in contrahendo* (p. 37).

---

[102] Choi desarrolla el tema de la negligencia del comprador, y menciona que si una parte podría y debería haberse informado antes de celebrar un contrato, su error se considera imperdonable. Esto implica que la diligencia es importante para determinar la culpa in contrahendo (Choi, H. (1990). *La responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) y la protección de intereses económicos primarios en responsabilidad extracontractual.* Fránkfort: Peter Lang, p. 252). Asimismo, Ferro sostiene que el comprador promisorio no es necesariamente la "parte débil" en las negociaciones, como suele afirmarse (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, p. 61).

[103] La teoría de Ihering, según Simonsen, de la culpa in contrahendo se basa en la idea de que la persona que recibe una promesa debe ser compensada por su pérdida si confió en esa promesa y resultó ser inválida, aunque inicialmente haya basado su teoría en la culpa (Simonsen, L. (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, p. 305).

[104] En el mismo sentido, Gómez Calle expresa que la CIC gira sobre la responsabilidad por daños cuando un contrato no es completado o es nulo (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, pp. 27, 140).

Ihering ve los casos, como ya lo anticipamos, desde tres perspectivas: capacidad del sujeto, objeto y fiabilidad de la voluntad. (p. 39). Vamos a analizar, a partir de los cuerpos legales ya citados, y cuyas abreviaturas utilizaremos por conveniencia y brevedad, para ver cómo Ihering justifica, según su perspectiva, la aplicación de su teoría en la práctica.

1). Habilidad del Sujeto

Por sorprendente que parezca, las citas de Ihering (1861) al Código General de Estados Prusianos (en Adelante ALR)[105] aluden a la condición mental del vendedor concomitante con el dolo y la malicia, en cuanto se refiere a la habilidad del sujeto:

Código General de Estados Prusianos (ALR)[106]	Cita del ALR[107]
ALR. I§33	Sin embargo, cualquiera que, después de las debidas averiguaciones, **haya sido inducido a error** por una persona incompetente para celebrar un contrato, puede exigir la indemnización de la propiedad del mismo. (p. 40)
ALR. I §36	El que, consciente de su incompetencia, **haya inducido** a otro a celebrar un contrato, será castigado como estafador. (p. 40)
ALR II 2 §135.	Sin embargo, el obligante que haya sido efectivamente **engañado** por tal deudor, sin culpa suya, podrá reclamar la indemnización de los mismos bienes con arreglo a las disposiciones legales generales. (p. 40).

Por otra parte, las citas del del Código Civil de Austria (ABGB)[108] no son diferentes en su temático tampoco:

Código Civil de Austria (ABGB)[109]	Texto del ABGB[110]

[105] Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).
[106] Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).
[107] Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).
[108] Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).
[109] Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).
[110] Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

ABGB §866	Cualquiera que **astutamente** pretenda que es capaz de celebrar contratos y **con ello engañe a otro** que no puede obtener fácilmente información al respecto, está obligado a hacer satisfacción. (p. 40).
ABGB § 248	Un menor que, después de haber cumplido los veinte años, **finge** ser un adulto en una transacción es responsable de todos los daños si la otra parte no pudo indagar sobre la verdad de la simulación antes de concluir la transacción. (p. 40).

Con respecto a las cualidades del objeto, Ihering (1861) trae a colación una cita del ABGB (p. 41):

Código Civil de Austria (ABGB)[111]	Texto del ABGB
ABGB §878.	Lo que no puede ser cumplido, lo que es absolutamente imposible o ilícito, no puede ser objeto de un contrato válido. **Quien engaña a otro** mediante tales promesas, quien le perjudica debido a una ignorancia culpable o se beneficia de su daño, es responsable por ello (p. 42).

Finalmente, con respecto a los problemas de comunicación de voluntad, las citas al ALR no son menos reveladoras:

Código General de Estados Prusianos (ALR)[112]	Texto del ALR[113]
ALR I 4§79	Si el declarante ha caído en error debido a su propia negligencia grave o **dolosa**, y la otra parte no sabía que el que contrata estaba equivocado, entonces el que contrata está obligado a compensar los daños causados por su propia culpa (p. 43).

Código Civil de Austria (ABGB)[114]	Texto del ABGB[115]
ABGB§ 869	Quien utiliza expresiones ambiguas o realiza una acción aparente **para perjudicar a otra persona**, debe indemnizar (p. 43).

[111] Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).
[112] Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).
[113] Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).
[114] Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).
[115] Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

Ahora bien, retomamos el hilo conductor de Ihering en su afán de prodigar ejemplos hipotéticos a los artículos de los Códigos Austriaco[116] y de los Estados Prusianos ya reseñado, siguiendo la estructura planteada anteriormente referida al sujeto, al objeto y al mensaje.

A). Incompetencia del sujeto

Ihering (1861) expone que la ley ha impedido por mandado de orden público que ciertas personas puedan celebrar contratos válidos, como el caso de los menores, por ejemplo, o los interdictos, los incapaces, etc. (p. 49) Pone el ejemplo del menor de edad (24 años) que compra vinos y guarda silencio con respecto a su condición de menor. Ihering (1861) cree que el actio doli es suficiente por cuanto "el dolo reside en el ocultamiento" de su edad (p. 49) Sin embargo, pese a la efectividad del actio doli para respaldar una reclamación de indemnización, él cree encontrar situaciones donde el engaño no es la figura central[117], aunque él mismo no esté seguro de este aserto:

> Sin embargo, las circunstancias también pueden ser tales que no justifiquen la aceptación de dolus. Tomemos, por ejemplo, el caso en el que el tutor del menor ha estado acostumbrado a aprobar ciertos contratos (por ejemplo, encargos de subastas de libros) y el menor confía en esta aprobación incluso en un caso en el que inesperadamente se le niega. En este caso, la actio de doli no lleva al objetivo, por lo que solo se podría ayudar mediante nuestra acción de indemnización. **Sin embargo, debo admitir que no estoy completamente seguro de si esta última sería efectiva.** (pp. 49-50).

Una de las razones que Ihering (1861) esgrime para fundamentar sus dudas sobre la eficacia de la culpa en la contratación[118] en este tipo de situaciones legales se relaciona con el conflicto de

[116] Heldrick piensa que la teoría de Ihering ha influenciado el derecho austriaco, aunque este tema lo veremos con mayor profundidad en el capítulo II de esta obra (Heldrich, C. (1924). *La culpa en contrahendo en el derecho romano clásico y en desarrollo legales posteriores.* Leipzig: Theodor Weicher, p. 46).

[117] Kovac piensa que la teoría de Ihering se basa en el concepto de CIC que considera responsables a las partes por crear una expectativa de un contrato cuando sabia o debería haber sabido que no se podía realizar o llevar a cabo tal expectativa. (Kovac, M. (2019). Culpa in Contrahendo, Promissory Estoppel, Pre-Contractual Good Faith and Irredeemable Acts. En *Asian Journal of Law and Economics*; Berlín Tomo 10, Nº 1, pp. 1-8, 16-19).

[118] Benatti equipara la CIC con la culpa o falta en la contratación (Benatti, F. (2021). Responsabilidad Precontractual. Una visión comparada entre Italia y Perú. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, T. 100, p. 179).*

intereses que percibe entre la protección legal de los intereses del menor (objeto de la norma) y la eficacia del presunto negocio que se ve socavado por la imputación de culpa al comprador a quien es considerado responsable de la situación. En otras palabras, la culpa no provendría del del vendedor sino del comprador: "Hubiera correspondido a la otra parte informarse sobre las circunstancias de su contraparte" (Ihering, 1861, p. 49-50). Ihering (1861) duda sobre la eficacia de su teoría en este conflicto, a menos que se enfoque -por ejemplo- en el tema del dolus en el caso del derrochador declarado por un tribunal (engaño, malicia, mala fe (p. 49).

Siguiendo la hipótesis planteada por Ihering (1861), se presenta un caso de un menor de 25 años en una jurisdicción donde la mayoría de edad es inferior, pero el tutor del menor decide no pagar las deudas alegando la minoría de edad. En este escenario, no se podría argumentar dolo, por cuanto el menor nunca tuvo intención de engañar, pero tampoco podría culparse a los compradores que contrataron con él bajo la apariencia falsa, porque tuvieron un error excusable. De modo que la CIC contra esas personas interdictos también fracasa (pp. 49-50).

Ahora bien, teóricamente Ihering (1861) no da su brazo a torcer, fuerza la figura de la contratación de menores y pone otro ejemplo, no menos interesante. El caso del mismo menor que ya aprendió que sus contratos son nulos, y vuelve -a sabiendas- a contratar con otro extranjero para aprovecharse de los beneficios del contrato bajo el conocimiento de la consecuente nulidad del acto derivada de su condición de minoridad. Ihering (1861) piensa que en este caso -si bien tal vez no existe dolo- podría triunfar una acción por CIC (pp. 51-51).

Ante este mare magnum de posibilidades, Ihering (1861) sucumbe a esta tentación, y ante la imposibilidad de dar el triunfo a su teoría[119], acepta que no todos los casos se pueden resolver de manera unánime y que cada contrato habría que analizarlo de manera individualizada para descubrir su verdadera naturaleza. (p. 52). Sin embargo, no puede negar que este tipo de situaciones esté exento de dudas, y concluye que a veces este estudio sería irrelevante puesto que el acto doli podría ser más eficaz:

> Si un menor de edad que ha pedido vino debe reembolsar al vendedor los costos incurridos por el envío y la devolución, su situación sigue siendo mucho mejor que si tuviera que quedarse con el vino. Por lo tanto, me parece que los motivos para la admisibilidad de

[119] Para Simonsen, la teoría de Ihering se basó inicialmente en la responsabilidad por culpa o falta, y la llama "skyldansvar" (Simonsen, L. (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, p. 252).

> nuestra demanda contra personas incapacitadas son predominantemente válidos. Sin embargo, admito de buena gana, como mencioné anteriormente, **que el asunto no está exento de dudas**. **Además, no creo que tenga tanta importancia, ya que en la mayoría de los casos el acto de engaño (act. doli) será suficiente.** (p. 52).

Entonces, en situaciones de inhabilidad del sujeto, Ihering (1861) concluye que no es tan fácil la aplicación de la teoría de la CIC, y que muchas veces existe una colisión entre la prohibición de enajenar con menores o incapaces en general y el interés indemnizatorio de los compradores; dejando abierta la posibilidad de su CIC en casos donde el incapaz a sabiendas saca provecho de esta situación, sin embargo, colige que el acto doli es más eficiente.

Como podemos observar en los casos presentados por Ihering (1861) en relación con su teoría y la capacidad del sujeto, nos remite a las conclusiones que extrae de su análisis de las fuentes romanas del Digesto. En este sentido, Ihering sostiene que el estado mental del dolus absorbe a la culpa, aunque él intente distinguir y delimitar la culpa in contrahendo de cualquier imputación dolosa. Como veremos en el anexo III, los casos judiciales en la actualidad no solo han terminado por incorporar la culpa dentro del dolo, sino que el deber de diligencia ha sido reemplazado por el deber de negociar de buena fe, lo cual conlleva la obligación de demostrar el estado mental del vendedor, es decir, la necesidad de probar dicho dolo (mala fe, malicia). Esto borra los límites entre la culpa y el dolo que Ihering intenta desesperadamente mantener.[120]

B). Incompetencia del Objeto[121]

Como Ihering (1861) lo había anticipado, este tipo de casos son concomitantes con transacciones vinculadas a la res extra *commercium,* porque apunta, como ésta, a la calidad de un servicio absolutamente imposible (p. 53).

[120] Por su parte Zuloaga llama la atención sobre la idea de que la obligación de diligencia nace con la emisión de una oferta (Zuloaga, I. (2019). *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective*. Cambridge: University Press, pp. 12-13).

[121] Para Simonsen, la teoría de Ihering sobre la culpa in contrahendo se basa en tres situaciones: invalidez debido a error, falta de autoridad, e imposibilidad debido a la inexistencia del objeto de venta (Simonsen, L. (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, p. 190).

Para comprender a cabalidad la procedencia del planteamiento de la teoría de la CIC con respecto a este tipo de situaciones, extraemos un par de citas del Digesto (1861) que las hace Ihering en su manuscrito:

Cita del Digesto	Texto
1. 4 quib. ad libitum (40, 13)	Sin embargo, aquel que todavía es esclavo puede ser vendido incluso en contra de su propio consentimiento, **aunque actúa fraudulentamente al ocultar su condición**, ya que tiene el poder de obtener inmediatamente su libertad, pero no se le puede culpar cuando aún no tiene derecho a ser libre. Supongamos que un esclavo, que será libre condicionalmente, se permite ser vendido; nadie dirá que no tiene derecho a exigir su libertad en caso de que se cumpla la condición, que no está en su poder; y, de hecho, pienso que la misma regla se aplicará si estuviera en su poder cumplirla. (Ihering, 1861, p. 54).
1. 12 de ella. vender. (18.4). El caso del dolo al comprar esperanza se menciona expresamente	Gaius, On the Provincial Edict, Book X. **Sin embargo, esto debería entenderse como aplicable solo cuando una parte no tiene conocimiento de que no tenía derecho a la sucesión que vendió; porque si lo tuviera, sería responsable por fraude.** (Ihering, 1861, p. 57)

Ahora bien, veamos los ejemplos que Ihering (1861) propone para explorar la aplicabilidad de su teoría con respecto a este tipo de situaciones relacionadas al objeto extra commercium.

Cuando Ihering (1861) analiza este tipo de situaciones donde el objeto es físicamente imposible puede ser que en este tipo de situaciones ambas partes ignoren de las fallas o falencias del objeto, o sea, de los vicios ocultos del objeto. Si el comprador adolece de error excusable y el vendedor (que de acuerdo a su obligación de contratar con diligencia) tampoco conoce del defecto del objeto (y de ahí su negligencia o culpa), entonces debe responder por tales defectos. Ihering (1861) lo expone de la siguiente manera:

> La existencia de la cosa puede ser concebida como presente o futura. En el caso de la existencia futura, las condiciones para nuestra demanda sólo se cumplen si la imposibilidad de la aparición de la cosa debía ser conocida de antemano por el vendedor, mientras que el comprador, a su vez, estaba en una ignorancia excusable al respecto. Un caso de este tipo es tratado en el 1. 21 pr. de act. emti (19. 1): "Si una esclava estéril, cuyo parto haya ocurrido o sea mayor de cincuenta años, y el comprador lo ignoraba, el vendedor está obligado en virtud del contrato."

> **Es evidente que el contrato en sí mismo es inválido**, por lo tanto, no se puede presentar una demanda basada en el interés de cumplimiento, solo puede referirse al interés negativo del contrato, es decir, la *actio empti debido a culpa in contrahendo*. (p. 56).

Entonces, si los contratos sobre objetos imposibles son ineficaces y nulos, y si negligencia del vendedor de un objeto defectuoso podría respaldar el acto empti del vendedor y reclamar una indemnización del daño, parece extraño que nuevamente Ihering (1861) se refiera a que el interés del comprador, en este tipo de situaciones, no debe ser defraudado. Si el dolo está -o debe estar- ausente de la teoría de la CIC para respaldar la acción reivindicatoria del vendedor, resulta irrelevante la alusión al interés del comprador de evitar ser defraudado, porque de lo contrario asumimos que la CIC está tratando de evitar un fraude (dolo) implícito[122]. Ihering (1861) lo expresa así:

> Hasta ahora sabemos, en qué sentido debemos entender lo mismo. Ya sea que el supuesto esclavo, antes de ser entregado al comprador, haya sido reivindicado en libertad, o si esto ocurrió después, **en ambos casos el comprador reclamaba que su interés no había sido defraudado**. (p. 56).

Ihering es consciente de que el fantasma del dolo termina por devorar a la culpa. Se pregunta si el vendedor conocía o debía conocer sobre el estado del objeto defectuoso o imposible. Si no lo conocía entonces debería haberlo conocido (en cuyo caso habría culpa), pero si lo sabía, entonces habría dolo. Pero luego Ihering retrocede y piensa que es casi imposible que el vendedor no supiera el estado defectuoso del producto, con lo cual llegaría el punto de partida del dolo, tal cual sus propias fuentes romanas lo concibieron:

> La inexistencia de cosas que se suponen existentes por ambas partes puede tener su origen en que nunca existieron o que ya han desaparecido. **En el último caso, el promitente puede haber conocido o no esta circunstancia. Si lo hizo, actuó con dolo** y es responsable según los principios conocidos. En este punto, parece que según las fuentes, se excluye cualquier responsabilidad, ya que se limitan a señalar que el contrato es nulo sin mencionar la posibilidad de una posible *culpa in contrahendo*. Sin embargo, si en sí misma existe tal culpa, este silencio no impediría la aplicación de nuestra teoría, al igual que en el caso del error esencial... **Por lo general, es poco probable que se le pueda**

[122] Mommsen piensa que la teoría de Ihering se basa en la idea de que la regla de que la "lata culpa" es igual al "dolus" en términos de sus efectos sólo se aplica a las relaciones contractuales (Mommsen, F. (1879). *Discusiones Desde el Código de Obligaciones*. Leipzig, Alemania: J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung, p. 159).

> **reprochar al promitente su falta de conocimiento**, y esto es lo que tienen en cuenta las fuentes. (p. 57).

Sin embargo, pese a que Ihering llega a estas conclusiones reveladoras, propone algunos ejemplos con el afán de salvar la teoría de la culpa. Es el caso de un comprador que alquila un barco que se encuentra en viaje marítimo ignorando que en ese momento se había hundido, pero ignoraba su naufragio. El vendedor debería conocer de este suceso, por lo que sería responsable de la nulidad de este contrato y del aumento de fletes debido a un posible evento político. (p. 57). Otro ejemplo propuesto de objeto inexistente, es cuando en una subasta un anticuario ofrece "su ejemplar" del objeto rematado por el mismo precio, ignorando que ese ejemplar ya había sido vendido por sus asistentes, en cuyo caso sería responsable si el comprador perdió la oportunidad de comprar el objeto deseado en la subasta, e incurrió en gastos adicionales al comprarlo de otro anticuario. (pp. 57-58).

Sin embargo, pese a que Ihering expone estos dos ejemplos que pretenden deslindarse del dolo, Ihering (1861) piensa que en realidad esta CIC por parte del vendedor que ignoraba el defecto del objeto inexistente no debería vincularse con el estado mental del vendedor porque es irrelevante, es decir, si el objeto no existía, ¿qué relevancia tendría analizar si el vendedor lo ignoraba para respaldar así la *acto empti* (acción reivindicatoria) del comprador? Ihering lo expresa de la siguiente forma:

> Que en este caso, de hecho, se vende un objeto que no existe se vuelve aún más claro si consideramos el caso en el que **el vendedor nunca había poseído el objeto**. **La intención de ambas partes aquí no estaba simplemente dirigida a la entrega de un ejemplar en sí, sino que implícitamente estaba condicionada por la suposición de que el vendedor poseía uno**. Así como un legado de una suma de dinero específicamente designada es nulo debido a la falta del objeto si el testador nunca hizo el dinero o lo rompió y lo gastó más tarde, pero no puede convertirse en un legado de una suma de dinero igualmente alta, de la misma manera, la venta de un objeto individualmente determinado y condicionado por la presencia de elementos determinantes no puede ser transferida a la venta de un objeto abstracto. "Mi ejemplar" es igual a "si poseo uno". (p. 58).

Entonces, ¿cuál sería la utilidad de la CIC si en los casos planteados anteriormente la culpa es absorbida por el dolo porque implícitamente se estima improbable que el vendedor ignorase la inexistencia del objeto, pero que, si efectivamente la ignora, tal culpa resulta absorbida a su vez

por la inexistencia del objeto que hace nulo el contrato? ¿no estamos ante una *contradictio in adjecto*?

Ihering responde a estas preguntas extendiendo su análisis a casos donde el objeto es un derecho:

> ¿Se aplican los mismos principios cuando el objeto de la venta no es sólo una cosa, sino también un derecho? Si este fuera el caso, cualquier persona que no posea realmente el derecho que prometió transferir, como una superficie, enfiteusis, herencia o crédito, podría simplemente basarse en la imposibilidad de la prestación debido a la inexistencia del objeto. Sin embargo, con la misma lógica, también podría hacerlo el vendedor de una cosa que cree ser de su propiedad, ya que su supuesta propiedad tampoco existe. **Aquí, la diferencia entre la imposibilidad subjetiva y objetiva toma una forma ligeramente diferente. La última está presente cuando el derecho establecido como existente, o su transferencia en teoría, es imposible no sólo para este vendedor, sino para cualquier persona. En este caso, el contrato es nulo y, por lo tanto, hay espacio para nuestra demanda.** Esto incluye la imposibilidad del derecho, como la venta de la herencia de una persona viva o (según el antiguo derecho romano) la venta de la herencia de un hijo de familia, la venta de boletos de lotería después del sorteo, de derechos de ban, privilegios, etc., en un país donde hayan sido abolidos; y la imposibilidad de la transferencia, como la venta de una servidumbre predial existente o el derecho de uso. Sin embargo, en los últimos dos casos, y si el comprador era un nacional y, por lo tanto, debía conocer la ley, nuestra demanda estaría excluida por error de derecho por parte del comprador. (pp. 58-59).

Ahora bien, una vez visto este asunto de los objetos extra commercium e imposibles, sigamos nuestro análisis del tercer elemento de los casos planteado por Ihering referidos a los problemas en la transmisión del mensaje, o sea de la voluntad del comprador.

C). La Inconsistencia de la voluntad contractual

Bajo este rubro Ihering analiza un sinnúmero de combinaciones y casos referidos a problemas con la efectividad de la comunicación de la voluntad, hasta situaciones de errores[123] esenciales que pasaremos a analizar.

[123] En el tema del error en la teoría de Ihering, Kausmanns considera que la teoría de Ihering sobre la CIC se basa en la idea de que, si una de las partes comete un error en la negociación de un contrato y causa daño a la otra parte, la parte que cometió el error debe ser considerada responsable de los daños (Kaumanns, H. (1966). *Responsabilidad por culpa in contrahendo en derecho laboral.* Colonia: Dr. T. Mayer-Maly, pp. 60-61).

Básicamente lo que le interesa a Ihering (1861) es que la voluntad y su manifestación no estén en Discordia (p. 60), de lo contrario la falta de diligencia[124] del vendedor en la expresión de su voluntad genera su obligación de indemnización (p. 61).

1). Inconsistencia en la declaración: figuras hipotéticas

Ihering inicia su análisis al referirse a casos de simulación en los que se induce a una tercera persona a creer en la existencia de un inexistente negocio, en cuyo caso considera que la acción de dolo podría solucionar este problema (p. 62).

Ihering (1861) cree que la discrepancia intencional entre lo querido y lo expresado no es un buen fundamento de respaldo a su teoría (p. 63) y entonces dirige su atención a la figura de la discrepancia no intencional, que es básicamente la figura del error esencial que es una causal de nulidad. Los ejemplos que nos trae los podemos citar: el caso de un director de teatro que se equivoca al contratar a una cantante y contrata a la hermana, la misma que al descubrir el error tendría derecho a que se le indemnice por gastos de viaje y otros daños (p. 63)

Ihering (1861) expone múltiples ejemplos de situaciones donde existe un error esencial[125], no solamente por errores referidos a discrepancias de peso, o de monedas o descripción del objeto querido (pp. 62-67), sino situaciones donde la culpa no solamente es imputable a una parte (típicamente al vendedor), sino también a la otra parte (al comprador), es decir, la negligencia no solamente viene de una parte sino de ambas, como en los casos de malentendidos causados por la falta de conocimiento de un idioma extranjero o términos técnicos, la culpa se imputaría a la parte negligente que ocasiona el error: "Por lo tanto, el contrato es nulo, pero la parte que, debido a su falta de claridad, provocó el malentendido, es responsable por la *culpa en la contratación*" (Ihering, 1861, pp. 66-67).

[124] Por su parte Mielke piensa que la teoría de Ihering de CIC se basa en la idea de que, si alguien tiene culpa al entrar en un contrato, debería ser considerado responsable de los daños. (Mielke, K. (1963). *Los requisitos de la responsabilidad del representante legalmente designado por culpa in contrahendo*. Dusseldorf: Rudolf Stehle, pp. 17-18).

[125] Según Drexler, la teoría de Ihering se basa en la idea de que una de las partes debe ser responsable ante la otra por el interés negativo en casos donde hay un error en el contrato, un representante sin autoridad, o un vendedor de un artículo inexistente (Drexler, V. (1998). *La relación de la culpa in contrahendo a la garantía por defectos materiales, especialmente teniendo en cuenta la situación jurídica al comprar una empresa.* Colonia-Alemania, p. 64-66).

Incluso, en ciertas situaciones, dice Ihering (1861) la parte responsable resulta siendo aquella que -de acuerdo a los usos y costumbres entre un par de mercaderes- utilizan un peso o una medida que no corresponde al uso habitual de estos comerciantes: "Sin embargo, considero necesario recordar aquí la exigencia de buena fe por parte de la otra parte. Incluso en los casos tratados hasta ahora, las circunstancias podrían ser tales que llevaran al demandante a pensar en un error por parte de la otra parte" (p. 69).

Asimismo, el error puede consistir también en usar medios técnicos, como el telégrafo, ante cuya situación la responsabilidad recae -en caso de errores del mensajero o el instrumento técnico- en la parte que utiliza estos medios "engañosos" (p. 70), ya que asumió este riesgo implícito bajo su propia cuenta y riesgo (p. 70-71).

Es decir, lo que trata Ihering (1861) es de complementar su teoría con las leyes propias de la teoría del error esencial, de modo que la CIC se convierte en un complemento de la teoría del error esencial: "Aunque es apropiado que la ley reconozca el error sustancial como motivo de nulidad, esta forma de tratamiento requiere complementar nuestra demanda" (p. 63).

En efecto, el Digesto ya tiene sus propias reglas con respecto a la teoría del error esencial como causal de nulidad del contrato[126]. Por ejemplo, en la siguiente cita del Digesto comprobamos que el error que es esencial genera la nulidad del contrato:

Cita del Digesto[127]	Texto del Digesto[128]
9§1 (18.1)	(1) Si estamos en desacuerdo con respecto al nombre, pero no hay disputa en cuanto al objeto, la transacción de compra y venta es indudablemente válida; pues un error en el nombre no tiene consecuencia alguna cuando la propiedad misma está acordada.
9§2 (18.2)	(2) Por lo tanto, surge la pregunta cuando no se comete un error en cuanto al objeto en sí, **pero sí en cuanto a la sustancia de la cual está compuesto**; por ejemplo, si se vende vinagre en lugar de vino, cobre en lugar de oro, o plomo en lugar de plata, o algo similar a la plata, si hay una compra y venta.

[126] Para Keller, los daños se derivan de casos de contratos incompletos o inválidos. (Keller, R. (1997). *Obligaciones precontractuales en derecho administrativo. Al mismo tiempo un aporte a la teoría de las relaciones jurídicas.* Berlín: Duncker y Humblot, p. 229). En la misma línea de pensamiento, Haftung considera que la teoría de Ihering gira en torno al concepto de responsabilidad por daños en casos donde un contrato es nulo o no se completa (Haftung, K. (1962). *Reclamaciones de Indemnización por Terceros por Culpa in Contrahendo*. Muster-Alemania: Universidad Westfalia Wilhelms, pp. 12-13.

[127] Emperador Justiniano. (530). Digesto del Emperador Justiniano. Recuperado de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm (Traducido por Samuel P. Scott, Cincinnati 1932) [Consulta: 13 de junio de 2023].

[128] Emperador Justiniano. (530). Digesto del Emperador Justiniano. Recuperado de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm (Traducido por Samuel P. Scott, Cincinnati 1932) [Consulta: 13 de junio de 2023].

	Marcellus dice, en el Libro Sexto del Digesto, que en este caso hay una compra y venta, porque el objeto fue acordado, aunque hubo un error en cuanto a la materia de la cual estaba compuesto. Estoy de acuerdo con la misma opinión en lo que respecta al vino y el vinagre; ya que son cosas muy similares, es decir, la misma sustancia, siempre y cuando el vino se vuelva agrio. **Sin embargo, si el vino no se vuelve agrio sino que ya lo estaba desde el principio, es decir, si contenía vinagre, se considerará que se ha vendido una cosa por otra.** En los otros casos, sin embargo, creo que **la venta sería nula, cuando se comete un error en cuanto a la sustancia de la cual estaban compuestos los artículos**.
11§parr-1(18.1)	Ulpiano, En Sabinus, Libro XXVIII. De lo contrario, ¿qué podemos decir cuando el comprador es ciego, o cuando se comete **un error en la sustancia**, o cuando el comprador no tiene conocimientos para detectar la naturaleza de las sustancias? ¿Debemos considerar que las partes han acordado en relación a la propiedad? Y ¿cómo puede alguien acordar algo que no ha visto? (1) Si pienso que estoy comprando una esclava virgen, pero en realidad es una mujer, la compra será válida; ya que no hay error en cuanto a su sexo. Sin embargo, si yo te vendiera una mujer y tú pensaras que estabas comprando un niño, debido a que hay un error en el sexo, **la compra y venta serán nulas**.
14 §parr. (18.1)	Ulpiano, En Sabinus, Libro XXVIII. Pero, ¿qué diremos cuando ambas partes se equivocan tanto en la sustancia como en la naturaleza del objeto de la venta? Por ejemplo, cuando yo creo que estoy vendiendo oro y tú crees que estás comprando oro, pero en realidad el metal es latón; o cuando, por ejemplo, dos coherederos venden una pulsera que se dice ser de oro a otro coheredero a un precio elevado, y se descubre que en su mayoría es cobre. Se sostiene que esto es una venta, porque la pulsera contenía algo de oro; si el artículo está dorado, aunque yo crea que es oro, la venta será válida, **pero si se vende cobre como si fuera oro, la venta no será válida**.
15§parr (18.1)	Aunque las partes puedan estar de acuerdo respecto al artículo que es objeto de la venta, si, de acuerdo con el curso natural, dicho artículo **deja de existir** antes de que se concluya la venta, **la compra será nula**.
14§3 (18. 2)	(3) Sin embargo, si un pupilo adquiere un bien a un precio más alto sin la autorización de su tutor, si el vendedor acepta su oferta, **la primera compra será anulada**; y la misma regla se aplica en el caso de un esclavo que pertenece a otra persona. **Sin embargo, sería diferente si el vendedor, por error**, adjudica el bien a su propio esclavo, o a su hijo que está bajo su control, o al propietario del bien mismo, porque en tales circunstancias no puede haber venta. Por otro lado, si adjudicara el bien al esclavo de otro al que creía ser libre, **sería responsable**; y el caso sería similar al de un deudor insolvente.

Ahora bien, el Digesto también trae, como dice Ihering (1861) indicios de la respuesta legal ante situaciones de nulidad del contrato: “En el derecho romano no se encuentra una afirmación directa sobre nuestra pregunta, pero al menos ofrece ciertos indicios” (pp. 70-71).

De esta manera, examinemos los indicios de las fuentes romanas que complementan la teoría de la CIC en relación a la respuesta legal frente a la nulidad del contrato y la consiguiente cuestión sobre la extensión de la compensación por daños y perjuicios para la parte inocente.

Cita del Digesto	Texto del Digesto
9§parr (18.6)	Si, después de la inspección de un terreno y antes de celebrar el contrato de venta, los árboles de dicho terreno son derribados por la fuerza del viento, surge la pregunta de si también deben ser entregados al comprador. La respuesta es que no, porque él no los compró, ya que antes de adquirir el terreno dejaron de formar parte de él. Sin embargo, si el comprador no estaba al tanto de que los árboles habían sido derribados, **pero el vendedor lo sabía y no lo informó, será responsable de los daños** en la cantidad equivalente al interés del comprador, **siempre y cuando se haya llevado a cabo la venta**.
35§8 (18.1)	(8) Si alguien, al vender un terreno, oculta el nombre de su vecino al comprador, y este último, al enterarse de ello, decide no adquirir la propiedad, consideramos que **el vendedor será responsable**.
45§ parr (18.1)	Labeo establece en el Libro de Casos Recientes que, cuando alguien compra ropa renovada como nueva, según Trebatius, si el comprador adquirió la ropa renovada sin saberlo, se considera que el vendedor debe indemnizarlo en la medida de su interés. Pomponius también está de acuerdo con esta opinión, y Julianus coincide, ya que afirma que si el vendedor desconocía que la ropa no era nueva, solo será responsable por el valor de la propiedad en sí, pero si era consciente de ello, también será responsable por los daños sufridos por el comprador por ese motivo, de la misma manera que si hubiera vendido ignorando que un jarrón estaba bañado en oro en lugar de ser sólido, ya que deberá compensar el oro que vendió.

Como vemos, los cimientos de la teoría del error esencial como generador de la nulidad están planteados en los textos romanos, de los cuales Ihering (1861) pretende complementarlos (p. 63) al considerarlos como indicios de su planteamiento (p. 70-71).

En efecto, la teoría del deber de contratar con diligencia está también planteado en el Digesto 2§1(18.6):

> (1) Además, veamos de qué manera el vendedor debe cuidar del vino antes de que llegue el momento acordado para medirlo; ¿debe ejercer diligencia exacta u ordinaria, o solo es responsable en caso de fraude? Creo que el vendedor debe ejercer simplemente una diligencia ordinaria y se encuentra excusado en caso de accidentes inevitables o en situaciones de fuerza mayor.

De esta manera la teoría de Ihering (1861), con respecto a los casos de incompatibilidad de la voluntad se convierte en un complemento de la teoría del error esencial, cuyos cimientos los encontramos en las fuentes romanas.

2). La falta de fiabilidad de la voluntad misma

a). Retractación de la oferta al concluir el contrato en ausencia.

En este subgrupo de casos Ihering (1861) nos presenta situaciones de agencia, mandato y representación, sobre todo aquellos casos donde, por ejemplo, un principal tiene muchos agentes, pero olvida revocar el mandato a alguno de ellos con la consecuente responsabilidad frente a terceros (pp. 71-72)

Como es de costumbre, Ihering (1861) recurre a las fuentes romanas, en este caso recurre al Digesto 1.11 § 5 de inst. Acto. (14.3)[129], que lo veremos a continuación:

> Cualquier condición en la que dependiera el nombramiento también debe ser considerada, ya que ¿qué se debe hacer si la parte desea que se realicen negocios con ella bajo una cierta condición, o a través de la intervención de una determinada persona, o bajo una garantía, o en relación a un asunto específico? Es completamente justo que se tenga en cuenta para qué fue designada la parte. Del mismo modo, si el principal tiene varios agentes y desea que se realicen contratos con todos ellos a la vez, o sólo con uno; y si advierte a alguien que no haga un contrato con él, no deberá ser responsable de la Acción Institora, ya que podemos prohibir a una determinada persona o a una cierta clase de hombres o comerciantes que realicen un contrato, o podemos permitir que ciertas personas lo hagan. Pero cuando el principal ha prohibido que se haga un contrato, a veces con un hombre y otras veces con otro, siendo los cambios continuos, la acción deberá ser otorgada a todos

[129] Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm.

ellos en su contra, **ya que las partes que realizan contratos no deben ser engañadas**. (p. 72).

Antes de seguir el análisis de este subgrupo de casos propuesto por Ihering (1861) nuevamente reproducimos la observación manifestada con respecto a los casos atinentes a la habilidad del sujeto y hasta del objeto, en el sentido de que el *acto empti* a veces se mezclaba con el acto doli, situación que Ihering (1861) trataba de delimitar[130]. Este conflicto se reproduce en la cita que acabamos de reseñar. Si de lo que se trata es de prevenir a terceros para que entren en una relación contractual con el principal a través de un grupo de agentes, cuanto no todos ellos resultan desautorizados. Se entiende que el objetivo es evitar la responsabilidad civil del principal en el sentido de evitar que sea responsable de los daños y perjuicios que esa falta de comunicación (falta de diligencia, diríamos, utilizando el lenguaje de Ihering) provoque en los terceros ignorantes de esa revocación.

Sin embargo, resulta desconcertante que el Digesto utilice una expresión reservada para figuras derivadas del dolo, como "ya que las partes que realizan contratos no deben ser engañadas", si el objetivo es prevenir las graves consecuencias basadas en la culpa del principal. Con esta frase del Digesto, los límites entre la culpa y el dolo resultan una vez más borrosos y confusos.

En este sentido, permítasenos hacer una pequeña digresión para incursionar en los trebejos del Digesto y comprobar este aserto[131] (de que la culpa se desdibuja con el dolo) a la luz de este subgrupo de casos.

Cita del Digesto	Texto del Digesto
1.1§5 (14.3)	Consideramos al capitán de un barco no sólo a la persona designada por el propietario, sino también a aquel que haya sido designado por otro capitán. Julianus, consultado sobre este asunto, dio esta opinión en un caso en el que el propietario desconocía el nombramiento. Sin embargo, si el propietario

[130] Para Hehli, la teoría de Ihering se basa en la idea de que debería existir una responsabilidad especial por la "culpa en la conclusión del contrato" (culpa in contrahendo), con el fin de sancionar las violaciones al deber de actuar de buena fe durante las negociaciones contractuales (Hehli, C. (2008). *Recursos alternativos del comprador con especial referencia a la responsabilidad por culpa in contrahendo.* Zurich: Schulthess, p. 135).

[131] Cabe aclarar que Ihering interpretó los textos del Digesto usando un método deductivo, así lo expone Keller (1997). *Obligaciones precontractuales en derecho administrativo. Al mismo tiempo un aporte a la teoría de las relaciones jurídicas.* Berlín: Duncker y Humblot, p. 61.)

	tiene conocimiento del nombramiento y permite que la persona designada desempeñe las funciones de capitán del barco, se considera que él mismo lo ha designado. **Esta opinión me parece razonable, ya que aquél que lo designó debe ser responsable de todos los actos del capitán; de lo contrario, las partes contratantes serían engañadas.** Además, esta consideración debe ser admitida más fácilmente en beneficio del bienestar público en el caso de un capitán que en el caso de otro agente. Ahora bien, ¿qué sucede si el propietario designó al capitán de tal manera que éste no tenga permitido nombrar a otra persona? ¿Debemos admitir la opinión de Julianus en este caso? Supongamos que expresamente le prohíbe lo siguiente: "No puedes emplear a Ticio como capitán". Sin embargo, se debe afirmar que el bienestar de aquéllos que utilizan barcos exige que esta regla se aplique hasta este punto.
4§5 (14.5)	(5) Cuando una parte presenta una demanda sobre el peculio cuando podría haber interpuesto una acción basada en una autorización expresa, se encuentra en la posición de no poder posteriormente interponer una acción basada en una autoridad especial otorgada; y esta es la opinión de Proculus. **Pero si el demandante, habiendo sido engañado, presenta la acción "De peculio", Celso piensa que tiene derecho a remedio, y esta opinión es razonable**.
3§parr (14.6)	**Cuando alguien cree que una persona es el jefe de una familia, sin haber sido engañado por una vanidad absurda o ignorancia de la ley, sino porque era considerado públicamente por la mayoría de las personas como tal**, y actuaba, realizaba contratos y desempeñaba los deberes de los cargos como el jefe del hogar, el Decreto del Senado no será aplicable.

En cuanto a los casos presentados por Ihering (1861) sobre la revocación de una oferta antes de su aceptación (pp. 71-72), se rigen por la teoría de la oferta. Por otro lado, los casos de error esencial relacionados con incompatibilidades entre cantidades o medidas, como miles vs. millones, libras vs. quintales, etc. (p. 72), ya se han estudiado en el epígrafe anterior.

b). Cambio de voluntad en la celebración de contratos a través de intermediarios

Ihering (1861) propone en este rubro de casos la situación donde un tercero contrata con un intermediario (agente, mandatario, representante, sustituto) y no exista una congruencia fidedigna entre la orden del mandante y el mensaje transmitido al momento de la ejecución (pp. 74-75).

Cita del Digesto	Texto del Digesto
31§parr (17.1)	Si confío la gestión de mis negocios a una persona que me debe una acción por daños cuádruples (dentro de un año), y después de transcurrido el año, solo por daños simples; aunque inicie una demanda en su contra por mandato después de que haya transcurrido el año, estará obligado a pagarme daños cuádruples; **porque una persona que asume la gestión de los negocios de otro está obligada a pagarle lo que estaría obligado a pagar a terceros**.
8§10 (17.1)	Por lo tanto, si te he ordenado que compres un esclavo y lo haces, serás responsable de entregarlo. Pero si **fraudulentamente** no lo compraste (o tal vez, habiendo recibido dinero para ese propósito, lo diste a otro para que realizara la compra) o si **cometiste una negligencia grave** (por ejemplo, si, por favoritismo, permitiste que otro lo comprara), **serás responsable**. Sin embargo, si el esclavo que compraste se escapa, serás responsable **si esto ocurrió debido a tu mala fe**. **Pero si no hubo ni mala fe ni negligencia**, **no serás responsable**, excepto en la medida en que debas garantizar la entrega del esclavo si vuelve a estar bajo tu poder. Pero si lo entregas, debes entregármelo a mí. Y si se proporciona garantía contra su recuperación por evicción, o si tienes derecho a solicitar que se te proporcione garantía, creo que será suficiente si me cedes este derecho de acción, de modo que pueda actuar como tu agente en mis propios asuntos, **y no estarás obligado a resarcir más de lo que realmente obtendrás**.
22§11 (17.1)	Sin embargo, al igual que uno es libre de no aceptar un mandato, si se acepta debe ser ejecutado, a menos que sea revocado. Además, puede ser revocado de tal manera que se reserve intacto el derecho de la parte que otorga el mandato para disponer convenientemente del asunto, ya sea por sí misma o por otra persona; o cuando aquel que se comprometió a cumplir el mandato podría ser aprovechado. Y si la persona a quien se le dio el mandato de comprar algo no lo hace, y no declara que no lo comprará, **será responsable de su propia negligencia y no de la de otro; y está establecido que será responsable en una acción de mandato.** Además, será responsable (como también ha dicho Mela) si revoca fraudulentamente el mandato en un momento en que no podría hacer la compra adecuadamente.
29§parr. (17.1)	Cuando se presenta una demanda contra un fiador y él, sin saber que el dinero no ha sido entregado efectivamente al deudor, realiza un pago en virtud de su fianza, surge la pregunta de si puede recuperar la cantidad que ha pagado en una acción de mandato. Si, de hecho, teniendo conocimiento de los hechos, omite presentar una excepción por fraude o porque el dinero no fue pagado, **se considerará que ha participado en el fraude, ya que una negligencia grave se asemeja casi al fraude**. Sin embargo, **si desconocía los hechos, no se le puede atribuir ninguna responsabilidad**. Sobre el mismo principio, si un deudor tiene derecho a una excepción, por ejemplo, por un acuerdo u otra razón, y él, sin saber esto, no hace uso de esta excepción, se puede afirmar que tendrá derecho a una acción de mandato, ya que el deudor principal podría haber advertido a su fiador y debería haberlo hecho para evitar que pagara ignorando que no estaba obligado a hacerlo.

23§1 (17.2)	En relación a la pregunta de si las ganancias obtenidas por la admisión del socio pueden compensarse con una **pérdida causada por su negligencia**, la respuesta dada, que indica que deberían compensarse, es incorrecta. Marcellus establece en el Libro Sexto del Digesto que si el esclavo de uno de los socios, habiendo sido puesto a cargo de los asuntos de la sociedad por su amo, **los lleva de manera negligente, aquel que lo puso a cargo debe indemnizar la pérdida sufrida por la sociedad**; y no se pueden compensar las ganancias que puedan haberse obtenido a través del esclavo con la pérdida. Además, el emperador Marco Aurelio decidió que un socio no puede decirle a otro: "Renuncia a las ganancias que han surgido gracias a tu esclavo si deseas ser indemnizado por la pérdida".
25§parr (17.2)	**Un socio sigue siendo responsable de cualquier pérdida sufrida por sus compañeros de sociedad debido a su negligencia**, incluso si el valor de los bienes de la sociedad ha aumentado en muchas otras formas gracias a su diligencia. El emperador Antonino dictó esta decisión en un caso que fue presentado ante él en apelación.
26§parr (17.2)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXXI. Y, por lo tanto, si un socio lleva a cabo negocios relacionados con la sociedad **de manera negligente**, pero en muchos aspectos beneficia económicamente a la sociedad, las ganancias no se compensarán con la negligencia, como afirmó Marcellus en el Libro Sexto del Digesto.
17§2 (17.2)	En la formación de una sociedad, no se obtiene nada con que el socio otorgue garantía para no retirarse; **ya que una retirada intempestiva genera responsabilidad por daños por ley,** en una acción relacionada con la sociedad.
47§1 (17.2)	Cuando un **socio ha causado daño a la propiedad** en común, Celsus, Juliano y Pomponio sostienen que será responsable bajo la Lex Aquilia.
52§2 (17.2)	Surge la pregunta de si un socio sólo es responsable por fraude, o si también es responsable por negligencia. Celsus afirma en el Séptimo Libro de los Digestos que los socios son responsables entre sí **tanto por negligencia como por fraude**. Y dice que si, al formar una sociedad, uno de ellos prometió aportar su habilidad y trabajo, como por ejemplo, cuando un rebaño se mantiene en común y se debe pastorear; o si le damos un campo a un socio para que lo mejore y se recojan las cosechas en común, **en este caso seguramente será responsable por negligencia, ya que la consideración es el valor de su trabajo y habilidad. Cuando un socio daña la propiedad común, se sostiene que también es responsable por negligencia**.
52§3 (17.2)	Los socios no son responsables de los accidentes imprevistos, es decir, aquellos que son inevitables. Por lo tanto, si un rebaño, después de haber sido valuado, es entregado a un socio y se pierde debido a un ataque de ladrones o un incendio**, la pérdida debe ser compartida en común, si no hay fraude o negligencia por parte del socio que recibió el mencionado rebaño después de su valuación**. **Sin embargo, si fue robado por ladrones, la pérdida debe ser soportada por el socio a quien se le confió, porque aquel que recibió el rebaño después de su valuación estaba obligado a cuidarlo**. Estas opiniones son correctas, y se puede entablar una

	acción de sociedad, siempre que el rebaño, aunque haya sido valuado, haya sido entregado para pastar con la intención de formar una sociedad.
52§4(17.2)	Dos partes formaron una sociedad en el negocio de fabricación de capas para soldados. Uno de ellos, habiendo emprendido un viaje con el propósito de comprar materiales, cayó entre ladrones y le quitaron su dinero, sus esclavos resultaron heridos y perdió su propiedad privada. Julianus dice que la pérdida debe ser soportada en común, y por lo tanto, el socio tendrá derecho a una acción de sociedad por la mitad de la pérdida, no solo del dinero, sino también de los demás bienes que el socio no llevó consigo, a menos que haya realizado el viaje con el propósito de comprar mercancía en nombre de la sociedad. Julianus sostiene acertadamente que, si se incurrió en algún gasto médico, el otro socio es responsable de su parte. **Por lo tanto, si se pierde propiedad por naufragio y había mercancía involucrada que no es habitual transportar por barco, ambas partes deben soportar la pérdida; tanto ella como las ganancias deben dividirse en común cuando no ocurre debido a la negligencia de un socio.**
52§11(17.2)	Cuando las personas forman una sociedad con el fin de comprar algo y luego la propiedad **no se adquiere debido al fraude o negligencia de uno de ellos, se establece que procede una acción de sociedad**. Está claro que, si se agrega esta condición, a saber, "Si la propiedad se vende dentro de un cierto tiempo", y el período pasa sin que el socio sea culpable de negligencia, no se puede presentar la acción de sociedad.
63§7 (17.2)	Se considera que cualquier persona puede efectuar un pago si ha cometido un acto fraudulento para evitar hacerlo, **ya que no es justo que alguien se beneficie de su propio fraude.** Esto debe entenderse aplicable a todos aquellos contra quienes se entabla una demanda en la medida de sus recursos. Sin embargo, **si una parte no puede realizar el pago, no debido al fraude, sino a su propia negligencia, se debe sostener que no se debe dictar sentencia en su contra.**
72§parr (17.2)	Un socio es responsable ante otro **por negligencia, es decir, por no actuar y por falta de diligencia.** En este caso, la negligencia no se entiende como la falta de la máxima diligencia, ya que es suficiente que emplee la misma diligencia en los asuntos de la sociedad como está acostumbrado a hacer en los suyos propios; porque cuando alguien elige a un socio que muestra muy poca diligencia, solo tiene a sí mismo que culpar.
3§3 (17.2)	Cuando una sociedad se contrae fraudulentamente o con el propósito de cometer fraude, es nula por ley, **porque la buena fe se opone al fraude y al engaño.**

Estas citas del Digesto no hacen sino reiterar el aserto inicial de Ihering (1861) en el sentido de que su teoría tiende a constituir un complemento de las fuentes romanas (p. 63). Bajo este punto

de análisis vemos que la negligencia[132] (que es el incumplimiento del deber de actuar de manera diligente) no es lo mismo que el fraude o la mala fe o la malicia.

Efectivamente, las fuentes romanas distinguen claramente entre negligencia y fraude, pero equiparan la negligencia grave con el fraude (8§10 (17.1)). Sin embargo, el fraude se equipara con la mala fe o el engaño (3§3 (17.2)), ya que la buena fe se opone al fraude y al engaño. No obstante, más adelante veremos cómo la doctrina se ha alejado de este planteamiento original al abandonar el deber de actuar diligentemente (72§parr (17.2)) y adoptar el deber de actuar de buena fe (lo cual contradice el pensamiento de Ihering, 1861, p. 31). Esto ha exacerbado las contradicciones inherentes a la teoría, difuminando los límites entre la culpa y el dolo. En el anexo III, veremos cómo la buena fe se presume, por lo que la acción basada en la CIC debe demostrar la falta de buena fe, es decir, demostrar la mala fe, lo cual nos lleva al ámbito del dolo y nos aleja del ámbito de la culpa. Esta contradicción, que Ihering intentaba evitar[133], se ha consolidado tanto en la doctrina, la legislación como en la jurisprudencia, al punto de que la CIC se asemeja a la figura de "*misrepresentation*" en el common law. [134]

c). Muerte del oferente antes de la aceptación en la celebración de contratos a distancia.

Con respecto a este subgrupo de casos[135], Ihering (1861) cree encontrar la solución a un problema casi insalvable referente a la muerte del oferente en casos de aceptación *post mortem*:

> Si el obligado acepta sin conocer la muerte del oferente y cree que el contrato se ha celebrado y lo ejecuta en consecuencia, la equidad más grande respalda nuevamente la indemnización por el daño causado. Pero ¿cómo justificar la reclamación? En su favor, todas las condiciones necesarias están presentes, pero ¿cómo se puede atribuir culpa a la otra parte? ¡No se puede considerar la muerte como culpa! Debo admitir que mi teoría se encuentra con un obstáculo insuperable en este punto, sobre el cual no puedo superar sin un esfuerzo considerable. Negar la demanda de indemnización en esta situación

[132] En este sentido, Ferro aclara que La teoría de Ihering se basa en el principio de que la diligencia de un buen padre debe aplicarse al comportamiento de las partes durante la formación de un contrato (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, p. 77).

[133] Para Meliger, Ihering basa su teoría en la buena fe en el derecho contractual (Meliger, E. (1898). *Culpa en contrahendo o daños y perjuicios por contratos nulos después Código Común y Suizo de Obligaciones así como el código civil alemán.* Zurich: Zurcher y Furrer, pp. 18-21).

[134] La figura del *misrepresentation* lo veremos en el Capítulo III de este trabajo.

[135] La teoría de Ihering, nos dice Liemann, se basa en tres grupos de disposiciones legales: aquellas relativas a conductas ilícitas, disposiciones especiales para contratos válidos y disposiciones especiales para contratos inválidos (Lliemann, R. (1932). *Culpa en la celebración del contrato (culpa in contrahendo).* Leipzig: Sad y Montanus, p. 12).

> contradice mi sentido de justicia de manera enfática, y prefiero creer que he cometido algún error desconocido en la construcción de mi teoría en lugar de excluir la demanda en este caso. Pero si se permite la demanda, no queda más opción que atribuir la culpa de la siguiente manera.
>
> Si se hubiera contratado en persona, la muerte no habría podido tener ese efecto perjudicial. Si una persona ausente desea contratar, para asegurarse contra esa influencia perjudicial para la otra parte, debe haberse acercado personalmente a ella; si no lo hace y en cambio elige el camino más fácil de comunicación a través de una carta o una tercera persona, está sustituyendo, en interés de su comodidad, una forma que expone al oponente al peligro mencionado. Por lo tanto, la culpa radica en el hecho de que, en lugar de elegir el medio seguro de comunicación oral personal, opta por uno inseguro que pone en riesgo a la otra parte contratante. (pp. 76-77).

Ahora bien, veamos cómo las fuentes romanas habrían resuelto este problema:

Cita del Digesto	Texto del Digesto
26§ parr. (17.1)	La muerte de la persona que otorga el mandato se incluye entre las causas de negligencia para cumplir con él, **ya que un mandato termina con la muerte.** Sin embargo, si es ejecutado por una parte que desconoce este hecho, se sostiene que la acción será admisible por conveniencia. **Julián también afirmó que un mandato se terminaba con la muerte de la persona que lo otorgaba, pero que la obligación derivada del mismo a veces continuaba existiendo.**

Como vemos, el texto romano ya tenía una base legal para solucionar el problema de la muerte del mandante, y los efectos del mandato post mortem, y lo que es más importante, los efectos indemnizatorios para los terceros, fundado en la conveniencia. Un aspecto interesante de resaltar es que el texto romano considera la muerte del mandante como un acto de negligencia, mientras que Ihering (1861) cree que la negligencia radica en el uso de un medio riesgoso como es la carta o el intermediario (pp. 76-77).

No estimamos que este tipo de casos merezca mayor comentario. Ahora bien, vamos a retomar el tema que dejamos pendiente anteriormente relacionado con los contratos unilaterales y las promesas u ofertas p u ofertas públicas.

d). Desistimiento de una oferta pública

En cuanto a este tipo de casos, Ihering (1861) se pregunta sobre la posibilidad y eficacia de la revocatoria de una oferta hecha al público cuando un tercero haya realizado actos preparatorios tendentes a su aceptación, considerando que cualquier daño[136] que resulte de esto pasos preparatorios son responsabilidad de la parte que haya confiado en dichas ofertas, pero no haya aceptado expresamente:

> La ineficacia de la revocación frente a aquellos que ya han tomado las medidas preparatorias para el rendimiento. Los defensores de esta opinión la fundamentan en el hecho de que en estos pasos ya se encuentra una aceptación, lo que crea la obligación para el oponente de esperar el resultado, que finalmente decidirá sobre el reclamo.
>
> No puedo estar de acuerdo con esta opinión. Parece haber surgido de la suposición de que los concursantes de premios estarían completamente desprotegidos; una suposición cuya falta de fundamento espero demostrar de inmediato. Además, su validez depende de la pregunta de si se puede encontrar una aceptación en esos pasos preparatorios. No puedo decidirme por ello. La aceptación sólo se ha producido con el cumplimiento real de la condición, por lo que todas las medidas preparatorias pueden considerarse como pasos hacia la aceptación, no como aceptación en sí. (p. 84).

Finalmente, para zanjar el tema de la responsabilidad antes de la oferta, o de una posible responsabilidad precontractual, Ihering (1861) es enfático al negar cualquier tipo de responsabilidad[137] en situaciones donde la otra parte haya realizado pasos preparatorios conducentes a la aceptación del contrato, los considera irrelevantes e imputables a la parte que confió en tales promesas sin haberlas aceptado expresamente:

> La situación del solicitante que es sorprendido en medio de su actividad por la revocación de la oferta no es diferente a la de un aceptante en contratos entre ausentes,

[136] Loser tiene una peculiar perspectiva de la teoría de los danos en torno a la teoría de Ihering y los llama "sanciones" (Ver Loser, P. (2006). *Responsabilidad de buena fe en el derecho suizo de las obligaciones. Conceptos básicos, formas de apariencia y diseño en la legislación aplicable en el contexto de la evolución jurídica europea.* Berna: Stampfli., p. 26). En el mismo sentido Caruso llama "sanciones monetarias" a la indemnización por danos al interés negativo, expresando que la teoría se originó a partir de la observación de Ihering sobre las conexiones entre diversas situaciones, como la firma de un contrato inválido, el error unilateral y la revocación de una propuesta. Luego, desarrolló la idea de un deber de corrección precontractual, que permitiría sanciones monetarias en caso de violación (Caruso, D. (1993). *La Culpa in Contrahendo. La Experiencia Estadounidense e Italiana*. Milán: Giuffre Editores, pp. 6-7)

[137] Para Sonnabend, la teoría de la responsabilidad de Ihering está basada en la obligación de cmpensar por los danos y deriva de la culpa en la conclusión de los contratos. (Sonnabend, W. (1984*). Los tipos de culpa in contrahendo con especial consideración del contenido de la demanda por daños y perjuicios.* Bielefeld: Dr. H. -P. Westermann, p. 4).

> que se ve afectado de la misma manera por la revocación de la oferta. Ambos han emprendido lo que deseaban en confianza en la palabra del oferente y ahora deben darse cuenta de que el éxito que esperaban se ha visto frustrado por un cambio de voluntad de la otra parte. Así como en un caso, el oferente también debía considerar la posibilidad de tal efecto perjudicial al revocar su oferta; si, a pesar de eso, se atreve a hacerlo, está dejando de lado las consideraciones que debía tener hacia la otra parte al celebrar el contrato, es decir, comete una *culpa in contrahendo*. En ambos casos, su revocación se inscribe en una relación contractual aún en proceso de formación, frustrando la realización de esta relación deseada e impulsada por él mismo. N**o nos confundamos por una diferencia en la estructura práctica de ambos casos.** En los contratos entre ausentes, actuar sobre la base de una oferta no aceptada no genera un derecho a indemnización (página 43); ¿por qué? La razón de esta diferencia está clara. Si el oferente quisiera hacer valer tal reclamo, el oferente podría responderle: ¿por qué no aceptaste la oferta antes de comenzar a actuar? Tienes los medios para asegurarte de tomar las precauciones necesarias, pero no los has utilizado. Las consecuencias desfavorables de tu acción precipitada son responsabilidad tuya, no mía. **Sin embargo, el oferente no puede hacerle ese reproche al solicitante, ya que este último no debe ni puede aceptar sólo con palabras, sino comenzar de inmediato con la acción. En defensas y ofertas, el revocador que ha inducido a la otra parte a actuar contractualmente es responsable, pero en el caso de las ofertas sólo se puede hablar de una inducción si el solicitante aceptó sin conocer la revocación, ya que la aceptación previa está excluida por la voluntad del oferente y el propósito del negocio**.
>
> De lo expuesto hasta ahora se desprende que el solicitante no tiene la carga de demostrar que sus acciones realmente habrían tenido el éxito esperado. Esto no se puede demostrar en muchos casos en los que se requeriría una competencia, como en el caso de concursos de precios, pero que se impide de antemano debido a la revocación de la oferta.
>
> Por otro lado, la propia negligencia excluye el reclamo de indemnización por *culpa in contrahendo*, como en todos los casos. Por lo tanto, por ejemplo, si alguien se presenta a una carrera anunciada con primas con un caballo completamente inadecuado y luego se entera de que se ha pospuesto, no puede exigir el reembolso de sus gastos de viaje. Del mismo modo, rechazaría el reclamo si el oferente se ofrece como prueba de que las acciones del demandante no habrían tenido éxito incluso sin la revocación. En este caso, el demandante no ha sufrido ningún daño debido a la revocación, y ésa es la premisa de nuestra demanda. (pp. 85-86).

El comentario de Ihering refuerza la idea de que la responsabilidad por CIC (culpa in contrahendo) no es extracontractual[138], sino contractual[139], y surge a partir de la aceptación de la

[138] En el mismo sentido, Liese comenta que Ihering argumenta que se necesita un contrato de responsabilidad separado para poder responsabilizar a alguien por negligencia durante el proceso de entrar en un contrato (Liese, S. (1993). *Acuerdos sobre obligaciones legales precontractuales y su limitación por la Ley de Términos y Condiciones Generales.* Frankfort: Peter Lang, p. 47).

[139] Steinberg cree que la teoría de Ihering parece ser que uno debe ser considerado responsable de cualquier falta o negligencia durante las negociaciones contractuales, independientemente de si finalmente se forma un contrato. (Steinberg, W. (1930*). Responsabilidad por culpa in contrahendo*. Bonn: Ludvig Rohrsheid Verlag, p. 14).

oferta[140]. En ausencia de esta aceptación, los actos preparatorios son responsabilidad de la otra parte. Sin embargo, Ihering (1861) no aborda el tema de la responsabilidad del oferente frente al promisario que ha actuado en función de tales promesas durante una negociación. Es en este sentido que, como veremos en el capítulo V, la figura del "promissory estoppel" cobra relevancia, ya que no se compara con la teoría de la CIC. Esta última se asemeja más a la teoría del "misrepresentation" en el *common law*.

Asimismo, es importante destacar que Ihering no plantea una postura clara sobre la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP). Será la doctrina posterior la encargada de ampliar la teoría de Ihering para adaptarla a situaciones de ruptura injustificada de tratos o negociaciones preliminares[141].

En conclusión, vemos que el padre de la teoría de la CIC[142] enfáticamente manifestó que la base de la teoría estaba en la diligencia[143] y no en la buena fe[144], por ende, esta teoría es una auténtica *diligencia in contrahendo*[145], como una teoría contractual[146], donde la diligencia es el motor central de dicha teoría[147].

---

[140] De esta forma, Caldas concluye que Ihering alude a la responsabilidad contractual y la obligación de compensar los daños cuando una de las partes no actúa con diligencia (Caldas, R. (2015). A responsabilidade do Estado nos contratos administrativos por culpa in contrahendo e post factum fi nitum. Re*vista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),* Universidade Nove De Julho, Brasil, p. 355, 364).

[141] Por ejemplo, Meliger cree que Ihering postuló su teoría sobre la base del fraude y la negligencia grave (Meliger, E. (1898). *Culpa en contrahendo o daños y perjuicios por contratos nulos después Código Común y Suizo de Obligaciones así como el código civil alemán.* Zurich: Zurcher y Furrer, pp. 8-9).

[142] Algunos autores han deslizado la posibilidad que Ihering -pese a basarse en textos romanos- construyó su teoría por cuenta propia. Véase Thiemann, R. (1984). Culpa in contrahendo - una contribución a la ley de daños. Gelsenkirchen-Alemania: Mannhold, pp. 360-361.

[143] Por su parte, Stocker cree que la CIC debería ser clasificada como una teoría contractual, ante las ineficiencias del sistema de torts, ya que la base de la CIC es el contrato o una transacción legal. Cfr. Stocker, H. (1961). *El fundamento jurídico de la culpa in contrahendo. Un aporte al sistema y método en el derecho de las obligaciones*. Colonia: Dr. Nipperdey, pp. 5, 13, 111.

[144] Para Mankowski, la teoría de Ihering de culpa in contrahendo sostiene que la responsabilidad surge cuando una de las partes negociadoras no actúa con el cuidado requerido, causando daño a la otra parte, y que las partes están vinculadas por ciertos deberes de conducta incluso en la etapa precontractual (Mankowski, P. (2020). *Manual de investigación sobre el Reglamento Ibis de Bruselas.* Northampton-UK: Edward Elgar Publishing, Inc., p. 311).

[145] En este sentido Meliger cree que la teoría de la CIC se basa también en la culpa o falta, y también sostiene que la "culpa" debería tener el mismo efecto en una relación contractual en desarrollo como lo tiene en una ya existente, y que se requiere la misma diligencia tanto en situaciones contractuales como no contractuales (Meliger, E. (1898). *Culpa en contrahendo o daños y perjuicios por contratos nulos después Código Común y Suizo de Obligaciones así como el código civil alemán.* Zurich: Zurcher y Furrer, pp. 131-133, 168).

[146] Sin embargo, Liese cree que esta teoría fue desarrollada en respuesta a casos donde una de las partes realizó gastos inútiles porque la otra parte no cumplió con la formalización de un contrato debido a su propia culpa (Liese, S. (1993). *Acuerdos sobre obligaciones legales precontractuales y su limitación por la Ley de Términos y Condiciones Generales.* Frankfort: Peter Lang, p. 46).

[147] Para Steininger la teoría de Ihering sobre la culpa in contrahendo se basa en la idea de que la responsabilidad por negligencia precontractual surge del contrato subsiguiente, aunque esto ha sido superado desde entonces, de cualquier modo, la obra de Ihering está relacionada con el derecho contractual (Steininger, U. (1986). *La Responsabilidad del director general y/o el Socio Director de Culpa in Contrahendo en Caso de Dificultades Económicas para la Empresa*. Frankfort: Verlag Peter Lang, pp. 20-22, 147.)

2.2.3. Desarrollo doctrinario posterior

En esta sección, exploraremos el desarrollo evolutivo de la teoría de culpa in contrahendo, originalmente propuesta por Ihering, basada en la diligencia y no en la buena fe. Analizaremos cómo la teoría evolucionó para dar mayor énfasis a la buena fe, un cambio que comenzó con Windscheid y se consolidó a través de las contribuciones de Leonhard, Siber y Larenz. Posteriormente, examinaremos cómo Faggella intenta esclarecer la confusión generada en torno a la culpa in contrahendo en este contexto doctrinal cambiante.

A). Inicios de la transformación de la *culpa in contrahendo*

Vamos a explorar cómo las teorías de Ihering son aceptadas y rechazadas en ciertas áreas. Especialmente, nos enfocaremos en cómo Windscheid toma y amplía la teoría de responsabilidad de Ihering. Además, veremos cómo Windscheid introduce la idea de la "buena fe" como un elemento clave en esta teoría, algo que no estaba en las ideas originales de Ihering.

La visión de Windscheid con respecto a la teoría de Ihering es mixta, en algunos aspectos lo sigue, pero en otros no. Veamos esta situación de perspectivas mixtas.

En efecto, las ideas de Ihering fueron parcialmente acogidas por Windscheid[148], quien se enfoca en la teoría del error y las situaciones de invalidez[149]. Estas ideas finalmente se reflejaron en el Código BGB[150]. Tenemos, por ejemplo, los casos de la obligación de indemnizar en casos de

[148] Para Zamir, la teoría alemana sobre las transacciones se centraba en objetos existentes e identificados, en los cuales se descubrían defectos después de concluir el contrato. La revelación de estos defectos era vista como un evento frustrante que afectaba las suposiciones básicas de las partes, en especial del destinatario de la promesa. En este contexto, las reglas relacionadas con la calidad del objeto se vinculaban frecuentemente con la frustración del contrato. Dentro de la teoría de la voluntad, los académicos alemanes, incluyendo a Windscheid, intentaron fundamentar las reglas de la frustración en la voluntad de las partes. Windscheid desarrolló la teoría de la "Voraussetzung" (Suposición), que influenció otras teorías en el siglo XX, como las de Oertmann, Locher y Krückmann. Estas teorías buscaban fundamentar las reglas de frustración en una reserva contractual, ya sea potencial, hipotética, psicológica o detectable desde la base objetiva de la transacción, según las diferentes interpretaciones. Algunas se centraban en la reserva del destinatario de la promesa, mientras que otras buscaban el propósito común de las partes. (Zamir, E. (1991). Toward A General Concept of Conformity in The Performance of Contracts. *52 La. L. Rev. 1,* p. 62-63).

[149] Según Estevill, "el concepto de daño, ante todo, y en virtud de la teoría de la diferencia, viene a predicar la idea consistente en que la indemnización a realizar pretende la 'nivelación de la diferencia que se produce entre la situación actual en que se hallaría el patrimonio de la persona perjudicada sin el hecho dañoso y el que en realidad presenta', ésta es la tesis que al respecto sostuvieran Windscheid y Fischer…" (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual*. T. I. Barcelona: Bosch, p. 863).

[150] Mollers grafica que Windscheid fue uno de los Pandectistas del siglo XIX y contribuyó al rigor conceptual y a la abstracción lógica del Código Civil Alemán (BGB). (Mollers, T. (2003). European Directives on Civil Law--Shaping A New German Civil Code. *18 Tul. Eur. & Civ. L.F. 1., p. 22-25).*

invalidez por error y falta de seriedad en la declaración (BGB§122[151]), o imposibilidad originaria de la prestación y violación de una prohibición legal (§307[152] y 309[153])[154], así como representación sin poder ignorándolo el representante. Windscheid (1900) explica lo concerniente a la falta de voluntad[155] y la teoría del engaño[156], que en resumen lo podríamos sintetizar así:

1. Las transacciones que no son de naturaleza comercial son nulas si carecen de voluntad genuina.
2. En transacciones comerciales, no se puede alegar falta de voluntad para anular una transacción si la otra parte fue engañada debido a la culpa de quien declara. Es decir, si una parte engaña a la otra, no puede luego argumentar falta de voluntad para invalidar la transacción.
3. Esta regla también se aplica a declaraciones escritas de intención (como poderes, letras de cambio, o valores al portador) que están destinadas a un número indefinido de personas. Incluso si el declarante no tiene deudas, no puede alegar falta de voluntad si ha habido engaño.

[151] El numeral 122 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) trata de la responsabilidad del que impugna una declaración de voluntad. El texto del numeral 122 del BGB es el siguiente:**(1) Si una declaración de voluntad de conformidad con el artículo 118 es nula o impugnada sobre la base de los artículos 119 y 120, el declarante, si la declaración se hiciera a otra persona, indemnizará a la otra parte, o a cualquier tercero, por los daños sufridos por la otra parte o por el tercero como resultado de su confianza en la validez de la declaración, pero no en exceso del importe de los intereses. que la otra parte o el tercero tenga interés en la validez de la declaración. (2) La responsabilidad por daños y perjuicios no surge si la parte perjudicada conocía el motivo de la nulidad o impugnabilidad o no conocía (debería haber sabido) el motivo de la nulidad o anulabilidad.** Código Civil Alemán [BGB], 2 de enero de 2002. (Alemania).

[152] BGB § 307 (1) Si una persona, al concluir un contrato que es de ejecución imposible, supo o debería haber sabido que era imposible, está obligado a compensar por cualquier daño que la otra parte haya sostenido al confiar en la validez del contrato; pero no, sin embargo, más que el valor del interés que la otra parte tienen en la validez del contrato. La obligación de compensar no nace si la otra parte supo o debería haber sabido de la imposibilidad. (2) Estas reglas aplican *mutatis mutandis* si la ejecución es solamente parcialmente imposible, y el contrato es válido con respecto a la parte posible, o si solamente una de las muchas alternativas de ejecución prometida es imposible. Civil Alemán (BGB), §307. 2 de enero de 2002. (Alemania).

[153] Como lo venimos estudiando, el numeral BGB §309 se centraba en la obligación resarcitoria frente a danos al cuerpo, la vida o la salud, dejando excluido el daño patrimonial. Este vacío o laguna del sistema de responsabilidad extracontractual motivó a Ihering a idear su teoría de la CIC, como lo vimos en el apartado anterior.

[154] Steinberg sostiene que ambos artículos están inspirados en la obra de Ihering. (Steinberg, W. (1930*). Responsabilidad por culpa in contrahendo*. Bonn: Ludvig Rohrsheid Verlag, p. 24.)

[155] Para Estevill, Windscheid cree en el cree en el poder de la voluntad en la generación de efectos legales, y lo expresa así: "La responsabilidad civil precontractual, se ha dicho, no nace de la doctrina de la falta, se origina en la idea del consentimiento previo de las partes prestado al sólo efecto de entrar en negociaciones conducentes a la formación de la voluntad contractual. Esta tesis ignora aquella idea de SAVIGNY y WINDSCHEID consistente en que el poder de la voluntad en la generación de efectos jurídicos tiene su origen y limite en la Ley." (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, p. 1045).

[156] Para Fuller, la teoría de Windscheid se basa en la idea de que una transacción legal es el ejercicio del poder creativo que la voluntad privada posee en asuntos legales, con el individuo dando órdenes y la ley adoptando esas órdenes (Fuller, L. (1936). The Reliance Interest in Contract Damages. 46 Yale L. J. 52, pp. 95-96.

4. En otros casos, donde no hay culpa propia, pero se causa un fraude, la responsabilidad recae en indemnizar el interés negativo en el contrato. Esto implica compensar a la otra parte por las pérdidas sufridas debido a la confianza en la declaración o transacción.
5. La falta de voluntad siempre se considera si el destinatario de la declaración es informado del engaño antes de que ocurra un daño, o si mantener la declaración resultaría en un enriquecimiento injusto para el destinatario a expensas del declarante (p. 234)

En cuanto a situaciones de reserva mental nos dice Windscheid (1900): "Según la reserva mental: algo que no se quiere se declara como buscado para engañar a la persona a quien se dirige la declaración de intenciones" (p. 325). Y seguidamente continúa Windscheid (1900):

> Creo que debe hacerse una distinción entre una declaración de intento de broma y como broma; ahí el declarante quiere engañar, pero él no lo hace con intenciones egoístas, sino para conocer al otro, aquí cree que se entenderá su broma. En este último caso, el declarante sólo puede ser considerado responsable del interés negativo contractual a menos que haya culpa lata (p. 326).

Este pasaje es importante en el contexto de las declaraciones de intención y se centra en la intención y las consecuencias del engaño. Es necesario resaltar algunos aspectos clave:

1. Declaración de Intento Como Broma: Aquí, el declarante hace una declaración con la intención de engañar, pero no con un propósito egoísta o malicioso. En lugar de ello, el engaño se realiza con la expectativa de que la otra parte entienda que se trata de una broma.

2. Responsabilidad en Caso de Broma: En el caso de que la broma sea interpretada erróneamente como una declaración seria y cause algún tipo de daño o pérdida, el declarante podría ser considerado responsable. Sin embargo, su responsabilidad se limitaría al "interés negativo contractual". Esto significa que el declarante podría ser responsable de compensar a la otra parte por las pérdidas incurridas debido a la confianza en la declaración, pero no por los beneficios que la otra parte podría haber obtenido si la declaración hubiera sido seria y verdadera.

3. Culpa Lata (Negligencia Grave): Si el declarante actúa con culpa lata, que implica un grado de negligencia grave o imprudencia severa, su responsabilidad podría extenderse más allá

del interés negativo contractual. En este escenario, el declarante podría ser responsable de daños adicionales si su conducta se considera extremadamente descuidada o imprudente.

En este sentido, la intención y la percepción de la declaración son cruciales para determinar la responsabilidad. Una declaración hecha en broma, sin intenciones dañinas, generalmente limita la responsabilidad del declarante al interés negativo contractual, a menos que exista una negligencia grave.

Luego, con respecto a la imposibilidad originaria de la prestación y violación de una prohibición legal nos aclara Windscheid (1900):

> El contrato obligatorio es también nulo a causa de la prohibición, entonces el contratante que sabe o debe saber de la existencia de la prohibición es responsable frente a la otra parte por la transferencia negativa de interés, pero no más allá de lo positivo y nada si la otra parte también conoce o debe conocer la prohibición (p. 800).

Es decir, en el contexto de un contrato que es nulo debido a una prohibición legal, la responsabilidad de las partes involucradas depende de su conocimiento o ignorancia de dicha prohibición:

1. Conocimiento de la Prohibición: Si una de las partes en el contrato conoce o debería haber conocido la existencia de la prohibición que hace nulo el contrato, esa parte es responsable ante la otra por lo que se denomina “transferencia negativa de interés”. Esto significa que debe compensar a la otra parte por las pérdidas o daños incurridos debido a la confianza en la validez del contrato.

2. Limitación de la Responsabilidad: La responsabilidad del contratante que conoce la prohibición se limita al interés negativo, es decir, a las pérdidas sufridas por la otra parte, y no se extiende al interés positivo, que sería el beneficio esperado si el contrato hubiese sido válido y ejecutable.

3. Conocimiento Mutuo de la Prohibición: Si ambas partes conocían o debían haber conocido la prohibición, entonces ninguna de ellas sería responsable ante la otra por los daños resultantes de la nulidad del contrato. En otras palabras, si ambas partes entran en el contrato a sabiendas de que es prohibido, entonces asumen el riesgo y no pueden reclamar compensación por la falla del contrato.

De esta manera, bajo la concepción de Windscheid, la responsabilidad por un contrato nulo debido a una prohibición legal depende de la conciencia que cada parte tenga sobre dicha prohibición. Si una parte conocía la prohibición y la otra no, la primera es responsable de compensar las pérdidas (interés negativo) de la segunda. Si ambas partes sabían de la prohibición, ninguna es responsable ante la otra por la nulidad del contrato.

Estos pasajes nos ilustran el pensamiento de Windscheid con respecto a la teoría de la CIC, quien se enfoca en la teoría del error y las situaciones de invalidez, a partir de las ideas de Ihering, que influyeron en el BGB; sin embargo, no vemos una influencia de Windscheid en la teoría de la RINP[157].

Ahora bien, una vez que hemos visto panorámicamente la concepción de Windscheid y su influencia en el Código Civil alemán, es necesario indicar los puntos de contacto y de divergencia entre Windscheid y Ihering, a partir de su obra "Manual del Derecho de las Pandectas" (en adelante "el Manual")[158], contrastándolo con Ihering y su obra "Culpa in Contrahendo"[159].

Específicamente, Windscheid (1900) sigue la teoría de Ihering[160] del interés contractual negativo (p. 489), y menciona que la interpretación de Ihering de los textos romanos (como lo vimos en el apartado anterior) es correcta (pp. 704-705)[161].

---

[157] Por su parte, Oughton y Davis conectan la teoría del error con la de la CIC: "Curiosamente, esta calificación es similar al concepto civilista en el que la doctrina del error in substantia se modera por los principios que rigen la culpa in contrahendo." (Oughton, D. y Davis, M. (2000). *Sourcebook On Contract Law*, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 261)

[158] Windscheid (1900) *Manual del Derecho de las Pandectas* (*Lerhbuch des Pandektenrechtes).* 8a ed. Universidad de Leipzig: Frankfurt.

[159] Von Ihering, Rudolf. (1861) *Culpa in contrahendo o Indemnización por Contratos Nulos o Sin Perfeccionar.* Berlín: Bad Homburg.

[160] Windscheid en su Manual discute conceptos relacionados con la CIC. Algunos de estos conceptos incluyen "Actio c. S. 187" (página 139), "Culpa" (página 407), "culpa in eligendo" (página 409), "culpa lata" (página 499) y "Wille und Willenserklärung" (página 625). Además, el Manual discute la importancia de comprender las intenciones de ambas partes en un contrato (página 555). Estos elementos sugieren una relación con la teoría de la Culpa in contrahendo en el trabajo de Windscheid. (Ver Windscheid (1900) *Manual del Derecho de las Pandectas* (*Lerhbuch des Pandektenrechtes).* 8a ed. Universidad de Leipzig: Frankfurt).

[161] Para una investigación más exhaustiva sobre la interpretación de Ihering del Digesto, recomendamos al lector consultar el Apéndice I, donde se encuentran las citas que Ihering hace en su obra sobre el Digesto.

Ahora exploraremos las áreas en las que Windscheid discrepa de Ihering[162]. Muy concretamente Windscheid, en su teoría de la responsabilidad, introduce el concepto de buena fe, divergiendo de Ihering quien, como se discutió previamente, centró su teoría en la diligencia en lugar de la buena fe. Para De la Puente y Lavalle (2007), Windscheid define la "buena fe" como una "convicción honesta" (p. 331)[163].

En efecto Windscheid (1900) discute el concepto de buena fe o "bona fide" en varios lugares a lo largo de su Manual[164]. En general, argumenta que la buena fe es un principio importante[165] tanto en el derecho romano como en el alemán, y que se utiliza para llenar lagunas en la ley, garantizar la equidad y la justicia, y proteger los derechos de los individuos. También discute aplicaciones específicas de la buena fe, como en relación con la adquisición de propiedades, la expiración de un derecho de prenda y la validez de una declaración de intención.

Otro aspecto interesante en el Manual de Windscheid (1900) es su análisis de la teoría de la CIC en relación con el concepto de dolo[166] (p. 499)[167], en el marco de la doctrina de Ihering de la CIC[168].

---

[162] Existen múltiples instancias en las que Windscheid no sigue la teoría de la Culpa in contrahendo, incluyendo la distinción entre la conclusión de un contrato y la ejecución de una transacción legal unilateral (página 490), la cuestión de si un error en el motivo es motivo para anular un contrato (páginas 519-520), el concepto de coerción (página 530) y el significado objetivo de una declaración de voluntad (página 555). Además, Windscheid no sigue la teoría en el BGB (página 619) y discrepa con el intento de Mommsen de reducir el concepto de culpa lata al concepto de error inexcusable (página 624). Estas discrepancias muestran que Windscheid no adhiere de manera consistente a la teoría de Culpa in contrahendo en todas las áreas de su trabajo. (Windscheid (1900) *Manual del Derecho de las Pandectas* (*Lerhbuch des Pandektenrechtes).* 8a ed. Universidad de Leipzig: Frankfurt).

[163] Kessler nos dice que Windscheid rechazó la justificación de la culpa propuesta por Ihering y optó en cambio por la imposición de responsabilidad basada en nociones de buena fe (Kessler, F. (1964). Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. *Harvard Law Review*, *77, 3,* p. 449 y ss, especialmente nota de pie de página número 5).

[164] Windscheid (1900) *Manual del Derecho de las Pandectas* (*Lerhbuch des Pandektenrechtes).* 8a ed. Universidad de Leipzig: Frankfurt.

[165] Faggella cree que la teoría de Windscheid se basa en el principio de "bona fides" (buena fe) y "confianza en la seriedad y permanencia de la oferta" (Faggella, G. (1918). *Periodi precontractuali e la responsabilidad precontractual.* Roma: Appia Nuova, p. 73).

[166] Faggella menciona que Windscheid cree que el elemento de culpa (dolo o colpa) es universalmente necesario para la responsabilidad (Faggella, G. (1918). *Periodi precontractuali e la responsabilidad precontractual.* Roma: Appia Nuova, p. 139).

[167] Esta relación entre el dolo como fruto de la incorporación de la buena fe como motor central de la CIC se estudiará en este capítulo en los apartados siguientes.

[168] El Manual analiza el concepto de dolo y sus implicaciones en el contexto de las negociaciones de buena fe, señalando que la *exceptio doli* (defensa por engaño) no es necesaria en tales casos (página 518). El Manual, menciona conceptos relacionados como la buena fe (página 133), la teoría de la culpa in contrahendo (página 489) y la equivalencia entre *dolus* y *lata culpa* (negligencia grave) en el derecho romano (página 499). Además, el Manual discute la distinción entre *dolus* (acto intencional) y *culpa* (negligencia) (páginas 622-623) y menciona la *in integrum restitutio* en relación con la *actio tutelae* y la *actio quod metus causa* (página 684). Estos elementos proporcionan un contexto para comprender la perspectiva de Windscheid sobre el *dolo* y su relación con la *buena fe* en las negociaciones y en especial el contexto de la CIC (Ver Windscheid (1900) *Manual del Derecho de las Pandectas* (*Lerhbuch des Pandektenrechtes).* 8a ed. Universidad de Leipzig: Frankfurt.)

Ahora bien, veamos enseguida cómo el concepto de bona fide es ampliamente incorporado en la teoría de la responsabilidad precontractual, apartándose de la noción inicial de Ihering.

B). El Giro hacia la buena fe en la teoría de la *culpa in contrahendo*

Pero no es solamente Windscheid el impulsor de la transformación de la teoría de la CIC[169]. Después de Ihering[170] y su obra en 1861, nacen otros tratadistas como Leonhard[171], Siber y Larenz, que tratan de inculcar el concepto de *bona fide* en la teoría de la CIC, como lo veremos a continuación.

Por su parte Leonhard hablaba de la violación de deberes contractuales en el marco de un contrato válido[172], y como ejemplo tenemos el famoso caso de las patentes[173], donde una compañía vende una patente a un comprador cuando había una compañía competidora que estaba disputando la titularidad de dicha patente y que al final logra una interdicción judicial de la comercialización de la patente hasta que se dilucide el problema de la titularidad de la patente, generando que el contrato se anule por imposibilidad del objeto (la patente) ya que su titularidad estaba en entredicho y disputada por la compañía competidora que ganó la medida cautelar o interdicción.

Leonhard argumenta que existe una obligación general de buena fe en las negociaciones previas a la celebración de un contrato. Según su teoría, esta obligación implica que las partes deben actuar con honestidad y transparencia en las negociaciones y deben evitar engañar o inducir a error a la otra parte.

En particular, Leonhard sostiene que la parte que conoce algún defecto o problema en el objeto del contrato tiene la obligación de divulgar esta información a la otra parte durante las

---

[169] Es necesario aclarar que la obra de Ihering, aunque no tuvo acogida legislativa inmediata, sí tuvo repercusión académica en su tiempo. De la Puente y Lavalle expresa: "La tesis de IHERING, aunque no recibió acogida legislativa, fue considerada en su momento como un descubrimiento jurídico." (De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Artículo 1362*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, p. 363).

[170] Como recordamos, la teoría de Ihering de CIC se basa en la idea de que las partes pueden ser responsables por violar deberes precontractuales durante las negociaciones (Liese, S. (1993). *Acuerdos sobre obligaciones legales precontractuales y su limitación por la Ley de Términos y Condiciones Generales.* Frankfort: Peter Lang, p. 1).

[171] Para Estevill, tanto Ihering como Leonhard son los responsables de la construcción de la teoría de la CIC. (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, p. 1068).

[172] Para Zaccaria, la teoría de Leonhard está basada en los principios de protección de la confianza. (Zaccaria, A. (2014). La resistible ascensión del "contacto social". *Revista IUS ET VERITAS, N° 48, Julio 2014,* 54-84, p. 68).

[173] *Gramophone Co. Ltd. V. De Martin*, et al. (Tribunal Supremo de Alemania) RG 26-4-1912, JW Juristische Wochenschrift (1912).

negociaciones. Si no lo hace, puede ser considerada responsable de una *culpa in contrahendo*, lo que significa que ha incurrido en una falta de diligencia en las negociaciones previas al contrato[174].

Leonhard (1896) no extirpa totalmente el elemento de "diligencia" de la teoría de la CIC pero incorpora el elemento buena fe a dicha teoría. La postura de Leonhard dentro de la teoría de la "culpa in contrahendo" se basa en algunos principios clave: la responsabilidad del vendedor por negligencia o engaño[175], la importancia de la buena fe[176] y la distinción entre casos en los que el artículo vendido es objeto de acuerdo y casos en los que no lo es (p. 45). Estos principios fundamentales guían la interpretación de Leonhard de la teoría de la culpa en la formación de contratos.

Particularmente, en el tema de la incorporación del bona fide de Leonhard (1896), su teoría se relaciona con este concepto de varias maneras. Rastrea el desarrollo del concepto en el derecho romano (pp. 5-7, 10-11) y argumenta que requiere más que simplemente evitar el engaño intencional (p. 13). También discute cómo condujo a la inclusión de la "culpa" en la regulación de las obligaciones contractuales (p. 13). La teoría de Leonhard enfatiza la importancia de que ambas partes actúen de buena fe (p. 64-66).

Esta parte final del concepto de Leonhard (1896), que establece la buena fe como un deber impuesto a ambas partes, entra en conflicto con la perspectiva de Ihering (1861). Ihering intentó evitar la inclusión de la buena fe en la teoría de la Culpa in Contrahendo (CIC), argumentando que, si se presume la buena fe, también se presumiría que ambas partes han actuado de buena fe, lo que dificultaría determinar el motor o el fundamento de esta teoría (Ihering, 1861, p. 30-37).

De otra parte, Leonhard, a principios del siglo XX, se enfoca en tratar de reparar daños causados en el período de realización o ejecución (incluyendo el período de formación) del contrato por comportamientos negligentes de la otra parte. Pero este tratadista habla de violación de deberes precontractuales en el marco de un contrato válido.

[174] Ver el trabajo de Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, p. 278.
[175] Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, pp. 5-16, 25-32, 58-65.
[176] Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, pp. 5-16, 25-32, 58-65, pp. 36-39.

Sin embargo, entre Ihering y Leonhard hay que realizar una pequeña atingencia. Mientras que Ihering habla de la responsabilidad derivada de un contrato que deviene nulo, Leonhard habla de la responsabilidad por culpa en la realización de un contrato que es válido.

Entonces vemos que Leonhard se refiere a deberes precontractuales y a la realización de un contrato válido, por ello es que la CIC se define dentro de los parámetros de la responsabilidad contractual, por violación a un deber de cuidado o de información contemporáneo al nacimiento de un contrato válido[177].

En este cometido, Leonhard (1896) en su obra estudia a Cicerón para determinar que la injusticia y el daño están íntimamente ligados, en el sentido de repudiar la actitud de la parte que no revela un defecto del objeto contractual y lo explica de la siguiente manera:

> Cicerón siempre muestra la tendencia laica a sobrestimar la importancia de la deshonestidad para la ley. Es precisamente en este punto donde quiere demostrar que la injusticia y el daño también están íntimamente ligados en el derecho. Sin embargo, sólo puede citar como prueba la sentencia discutida, que él mismo ha de llamar castigo, no de malicia, sino de encubrimiento. Es cierto que tenía el propósito legislativo de combatir la intención fraudulenta; pero su aplicación no requería dolo. Esto lo prueba sobre todo el notable caso legal que Cicerón relata para explicarlo. Gratidiano vende una casa gravada con una servidumbre a Orata sin mencionar el gravamen. Sin embargo, el comprador ya estaba al tanto de esta servidumbre. Sin embargo, el jurista Craso es de la opinión de que Gratidiano es responsable ante el comprador porque no mencionó expresamente el defecto. Esto muestra cómo la gente trató de realizar los principios de equidad en la antigüedad. El que se hubiera contaminado sufriría doble pena, y la pena de reticencia también ha sido establecida por los consejos legales; por lo que fuere defectuoso en la herencia, determinaron que, si el vendedor lo supiera, a menos que se hubiere manifestado expresamente, debía ser pagado. (pp. 8-9).

Lo que Leonhard (1896) trata es de afinar la teoría de la culpa in contrahendo de Ihering para centrarla en la parte precontractual de tratos preparatorios, o sea, en la formación del contrato y no en la etapa de ejecución del contrato, y sigue explicando:

[177] Por su parte Valdés Duque lo expresa: "Para referirse a su teoría Leonhard habla de responsabilidad por culpa en la realización de un contrato (=Verschuldem beim Vertragsschluss), cuya denominación coincide con la *culpa in contrahendo* de Ihering. Toda relación con ésta es rechazada, sin embargo, la *culpa in contrahendo* proporciona fundamento indemnizatorio a los daños sufridos como consecuencia de la invalidez de un contrato y, la culpa en la realización sólo cuando**,** además de violarse deberes precontractuales, se ha llegado a un contrato válido." (Valdés Duque, P. (1991). *La Responsabilidad Civil Derivada de los Tratos o Negociaciones Preliminares: La Culpa in Contrahendo*. Universidad Complutense de Madrid. Recuperado el 8 de noviembre de 2023, de https://hdl.handle.net/20.500.14352/38897, p. 54)

> Además, bajo la mala fe de la que debe responder el vendedor, sólo debe entenderse aquí el *dolus praeteritus*, la mala fe en la celebración del contrato, no la mala fe en el cumplimiento del contrato 4). Cicerón es testigo de otra limitación de gran alcance de la responsabilidad por mala fe. Según la definición de Aquilius, cada simulatio contaba como dolo, incluidos los medios utilizados para ocultar los defectos... De todo lo anterior se desprende que la responsabilidad del vendedor de bienes inmuebles por ocultar los defectos conocidos por él se desarrolló antes que la responsabilidad del vendedor por dolo. De modo que esa obligación no puede basarse en ésta y debe ser la expresión de un principio jurídico independiente. (pp. 11-12).

Seguidamente, una vez que Leonhard (1896) define la responsabilidad del vendedor al no revelar al potencial comprador el defecto del objeto conocido por él, explica que existe un deber de negociar de buena fe:

> Por lo tanto, la buena fe debe entenderse como actuar honesta y concienzudamente. El concepto de bona fides, por lo tanto, no sólo se contrasta con la malicia, sino también con la *negligentia* y la *levis culpa*. La negligencia contrasta tanto con la honestidad concienzuda como la malicia. Esto explica por qué la creciente consideración por la buena fe llevó también a que se permitiera que la culpa influyera en la regulación de las obligaciones contractuales. (pp. 13-14).

Sin embargo, la omisión de informar al comprador sobre el defecto del objecto (que el vendedor conoce, pero no revela) en la etapa preparatoria negocial, no solamente puede ser endilgada al dolo, por cuanto puede haber existido también negligencia o, según Leonhard "puede haber olvidado la deficiencia o considerar innecesario mencionarla. De hecho, a menudo sería superfluo informar al comprador de todas las fallas" (p. 14)[178].

Posteriormente Leonhard (1896) piensa que no toda ocultación de defectos[179] o errores conocidos son producto del dolo[180], por cuanto no siempre se trata de un comportamiento

[178] Leonhard argumenta que el vendedor es responsable de cualquier negligencia durante la conclusión de un contrato, y basa esto en el principio de que el vendedor está obligado a revelar cualquier defecto en el producto (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, p. 5-11).

[179] Leonhard sostiene que el vendedor es responsable de los daños si oculta conscientemente defectos al comprador. Sin embargo, también argumenta que el vendedor no siempre actúa con intención maliciosa y que la negligencia o el descuido también pueden ser motivos de responsabilidad (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, p. 16).

[180] Leonhard argumenta que el vendedor es responsable de cualquier negligencia o engaño que conduzca al error del comprador. Él fundamenta esto en el principio de equidad, que según él debería tener en cuenta los intereses tanto del comprador como del vendedor (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, p. 65).

fraudulento del vendedor[181], pero que dicha ocultación contraría la buena fe[182] (pp. 14-15), especialmente si la omisión de informar[183] del vendedor equivale a una misrepresentation o tergiversación[184].

De manera que Leonhard remata su idea sobre la culpa en la contratación para explicar que la confianza[185] del comprador fundada en las representaciones del vendedor debe ser indemnizada[186]:

> La condición añadida de que el comprador no estaba al tanto del defecto también habla a favor de nuestra traducción. Porque si sólo se considerara que se había vendido la descendencia, no se podría haber planteado la cuestión de si el comprador sabía de la esterilidad de la esclava. Más bien, la esclava se vende con su descendencia y el hecho de que sea definitivamente o probablemente estéril debe considerarse como un defecto en el artículo comprado. El vendedor es responsable de este defecto de acuerdo con los principios desarrollados en la Sección 3 anterior. Pues aunque el vendedor no haya hecho una promesa formal, ha despertado frívolamente esperanzas infundadas en el comprador al afirmar que la descendencia también fue vendida. Por lo tanto, es responsable por su culpa en la acción del contrato. (p. 43).

De esta manera queda clara la doctrina de la CIC de Leonhard (1896) referida a la obligación de divulgar el defecto del objeto bajo el amparo de una obligación de actuar de buena

[181] Leonhard sostiene que la base de la teoría de CIC es la negligencia del vendedor en no informarse "sobre las propiedades de los bienes que está vendiendo, especialmente a través de la examinación (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, p. 32).

[182] Leonhard sostiene que el vendedor es responsable de cualquier defecto en el producto si estos defectos podrían haber sido razonablemente descubiertos a través de un examen. Esto se basa en el principio de "bona fides" o buena fe, que requiere que ambas partes actúen de manera honesta (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, pp. 36-39).

[183] Leonhard sostiene que el vendedor es responsable por negligencia al celebrar un contrato, específicamente si crean o mantienen un error sobre la calidad de los bienes que se están vendiendo (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, pp. 58-59).

[184] En el capítulo III veremos cómo la teoría de la CIC se asemeja a la doctrina del misrepresentation del common law americano.

[185] Thiemann recalca que la teoría de Ihering se basa en la concepción de que una obligación puede surgir del otorgamiento de confianza, lo que requiere que una de las partes actúe de manera que probablemente inspire confianza y que la otra parte realmente confíe en dicho comportamiento (Thiemann, R. (1984). *Culpa in contrahendo - una contribución a la ley de daños.* Gelsenkirchen-Alemania: Mannhold, pp. 15, 116-120). Canaris cree que la teoría de Ihering se basa en la confianza (Canaris (1965) Reclamaciones por Incumplimiento Positivo del Contrato y Efecto a Terceros en el Caso de Cantidades Nulas. Revista de Derecho Alemán y de Jurisprudencia del Sur de Alemania, pp. 473-483. Munich: Editorial JCB Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, pp. 471-475, 478-483).

[186] Según Caldas, la la teoría de Ihering se basa en la idea de que ambas partes en una negociación contractual son responsables de actuar de buena fe y mantener la confianza mutua (Caldas, R. (2015). A responsabilidade do Estado nos contratos administrativos por culpa in contrahendo e post factum fi nitum. Re*vista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),* Universidade Nove De Julho, Brasil, p. 357).

fe[187]: “El vendedor que conoce un defecto y lo oculta, responde de la culpa contenida en él” (p. 44).

Ahora bien, con respecto al tema referido a la responsabilidad precontractual derivada de la ocultación de un defecto en la etapa preparatoria la equipara con el otro tema de la defectuosa ejecución de una obligación, así lo expresa Leonhard (1896):

> No parece justificado distinguir tan bruscamente entre culpa en la celebración del contrato y culpa en el cumplimiento del contrato. Ambos casos suelen mostrar una gran similitud. En un caso el vendedor oculta que la mercancía requiere un cuidado especial, en el otro se ocupa de la garantía y por lo tanto de este cuidado mismo, sin cumplir su promesa. Sería un error tratar estos casos de manera diferente. Que los romanos no eran tan imprácticos… Gayo equipara expresamente ambos casos. (p. 50).

De otro lado, procedimentalmente hablando, Leonhard (1896) postula en su obra que, si el comprador debe demostrar que el vendedor tuvo la culpa de un daño a consecuencia de su ocultación de un defecto del objeto[188], dicha prueba tiene un standard diferente al de la probanza del dolo:

> Añado el comentario de que el vendedor es entonces astuto a causa del fraude: porque la ocultación de los errores no tiene por qué residir siempre en la astucia. Más bien, la decisión del Tribunal Supremo está justificada desde el punto de vista de que el vendedor es responsable de su culpa. Porque ya está actuando culposo cuando oculta errores que son tan importantes y ocultos que tuvo que suponer que el comprador no los conocería. Así, el vendedor que separa un bosque de su propiedad y poco después vende su propiedad junto con todos los bienes inmuebles es responsable por su culpa. No podía esperar que el comprador ya estuviera al tanto de la separación del bosque del resto de la propiedad. La misma culpa se aplica a quienes venden detergentes tóxicos sin informar al comprador de esta propiedad peligrosa. Por lo tanto, basta con que el comprador pruebe que el vendedor tenía conocimiento del defecto en el momento de la celebración del contrato y que debería habérselo informado por su naturaleza. Si, en determinadas circunstancias se facilita aún más la prueba al comprador. Si el defecto es muy significativo y fácilmente detectable, el comprador ni siquiera tiene que demostrar que el vendedor estaba al tanto del defecto. Sólo necesita probar que el vendedor actuó con culpa. (pp. 61-62).

[187] Él sostiene que la buena fe requiere más que simplemente evitar el engaño intencional, y que también implica actuar de manera consciente y responsable. También discute cómo la creciente importancia de la buena fe en el derecho romano llevó a la inclusión de la culpa (negligencia) en la regulación de las obligaciones contractuales (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, p. 13).

[188] La teoría de Leonhard está en línea con el concepto de buena fe en el sentido de que enfatiza la importancia de que ambas partes actúen de buena fe. Específicamente, Leonhard argumenta que el vendedor no debe ser considerado responsable de los defectos en el producto si no estaba al tanto de ellos, pero que debe ser considerado responsable si causó intencionalmente o por negligencia el error del comprador (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, p. 64-66).

En resumen, la teoría de Leonhard dispone que el vendedor que conocía o debía conocer de un defecto del objeto contractual debe comunicarlo al comprador, al amparo del deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual. En relación al deber de informar y la omisión de proporcionar información esencial a la parte que depende de ésta para celebrar un contrato, remitimos al lector a revisar el análisis comparativo entre la Culpa In Contrahendo (CIC) y el concepto de "misrepresentation" del derecho anglosajón, presentado en el Capítulo III de esta obra.

C). Teorías sobre la buena fe y el deber de cuidado

Por su lado, Siber en 1914 plantea también ciertos deberes de información precontractuales, independientemente de la celebración o no de un contrato válido (a diferencia de Leonhard). Pese a este aporte, las Cortes siguieron el precedente de caso de las patentes en el sentido de encontrar responsabilidad cuando exista un contrato válido (que era la teoría de Leonhard, como lo vimos en el apartado anterior). Siber plantea el caso de la tienda de ropa, y que lo desarrollaremos posteriormente en el capítulo II (comúnmente llamado el caso del linóleo o *Linoleonfall* (Sentencia VI 240/1911[189]) en el cual una potencial clienta ingresa a una tienda y resulta herida cuando el empleado o dependiente de la tienda de ropa mueve un par de rollos de ropa que accidentalmente caen sobre la cliente y su hija, generando una lesión en ambas. Pese a que no existía relación contractual, se crea la ficción de una situación preparatoria contractual ficticia porque existieron conversaciones de una potencial clienta con el dependiente de la tienda de ropa.[190]

Es decir, la base de la imputación de la CIC no es un criterio subjetivo[191], no es solamente la confianza generada en la parte inocente, sino que es un criterio antijurídico, es decir, una

[189] Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

[190] En este sentido, Asúa González piensa que "la concepción originaria de la responsabilidad por culpa in contrahendo puede ser resumida así: quien haya sufrido daños debido a la nulidad de un contrato -el origen de la nulidad puede ser relativamente amplio y estar en relación con el sujeto, objeto o consentimiento- puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la justificación o la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una culpa in contrahendo en el declarante, culpa que se entiende no tanto como criterio de imputación subjetivo sino que se viene a identificar con la antijuridicidad" (Asúa González, C. (1989). *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos).* País Vasco, España: Editorial Ellacuria, p. 29). Por su parte, Ferro considera que, tanto en los casos de negociaciones fallidas como de acuerdo preliminar, la parte que no incumplió sólo tiene derecho al reembolso de los gastos incurridos. El autor sostiene que no existe "daño" en sentido estricto, ya que los gastos incurridos durante las negociaciones son neutrales y no crean una situación favorable o desfavorable para ninguna de las partes (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, p. 115).

[191] Para Montesano, la teoría de la CIC define el "derecho subjetivo" como "dominio de la voluntad subjetiva" o como un "interés protegido" (Montesano, L. (1953). *Acuerdo preliminar y sentencia constitutiva*. Nápoles: Dr. Eugenio Jovene, p. 40).

conducta que la ley reputa como contraria a un deber legislado o normado. Como veremos, la concepción inicial de la CIC reputa como nulos los contratos cuya formación hayan violado un deber de información o cuidado o -en el caso de la RINP- un deber de negociación de buena fe.[192]

Sin embargo, Siber (1914) explica que la base de la indemnización en el caso del linóleo o *Linoleonfall*[193] debería partir de la imputación objetiva derivada de un deber de cuidado general que viene establecido por el mandato legal de orden público, independientemente de la existencia o no de un contrato o de un contrato preparatorio. Así lo explica Siber (1914):

> La invitación comercial contenida en la apertura de una tienda debe justificar la obligación de mantener todo el equipo de la tienda en las condiciones requeridas para la seguridad personal del visitante, y no sólo rente al comerciante que tiene las mercancías presentadas… pero también hacia cualquiera que entre en la tienda como comerciante… Esta obligación no se basa en una relación que sólo es similar a un contrato… también para la administración ferroviaria hacia el pasajero no sólo si ya ha comprado un billete o llegado en tren, sino también cuando espera que la taquilla quede libre. (Siber, 1914, pp. 194-195).

Como vemos, el propio Siber (1914) se encarga de explicar que la responsabilidad derivada de un daño provocado por la negligencia del dueño de un negocio a un tercero se deriva de la naturaleza del deber de cuidado del vendedor y no de la especial relación contractual entre el tercero y el vendedor (como sería de esperarse desde la perspectiva de la CIC de Ihering); es decir, estamos frente a un asunto de responsabilidad extracontractual, pero que Ihering le da a este tipo de situaciones una explicación desde la perspectiva contractual del vendedor que incurre en culpa en la contratación (*culpa in contrahendo*) debido a la insuficiencia del sistema extracontractual[194] alemán que no cubría este tipo de situaciones en su sistema extracontractual y que por lo tanto era necesario recurrir a la CIC para acudir en ayuda de la víctima de la negligencia del vendedor en un contexto "contractual", pero en realidad la teoría de Siber aterriza en una plataforma de responsabilidad extracontractual, o sea en un *tort* (como se vería en el *common law*).

[192] Esta es la gran diferencia con el Promissory Estoppel, como lo veremos en el capítulo V de esta obra, donde no existe un factor de antijuridicidad (ya que la responsabilidad deriva del "*detrimental reliance*" del promisario).
[193] Sentencia VI 240/1911.
[194] Arenas García también comparte esta idea de que la teoría de Ihering nace frente a las insuficiencias del régimen extracontractual alemán (Arenas García, R. (2007). La Regulación de la Responsabilidad Precontractual en el Reglamento Roma II. *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, VII, 319).

Sin embargo, Siber (1914) centra su análisis de la CIC en aquellas situaciones donde una parte está en la obligación de informar y divulgar los defectos del objeto, cuyo silencio acarrea la nulidad del contrato. Así lo manifiesta Siber (1914):

> Además, las normas que vinculan perjuicios para un contratante de la ocultación dolosa de vicios materiales y jurídicos dan como resultado que aun antes de la celebración del contrato, exista al menos una obligación primaria de informar tales defectos… que no solo la notificación fraudulenta, sino también premeditada o negligente de los defectos conocidos obliga al oponente a reconocer el daño causado… Esto no contradice el hecho de que la reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento sólo exista en caso de ocultamiento fraudulento del defecto, porque el requerimiento por incumplimiento es diferente del interés de notificación y suele ser más extenso. (p. 191).

Es decir, para Siber, la obligación de divulgar o de comunicar los defectos no solamente se detiene en la etapa precontractual sino también trasciende el contrato, e incluso es independiente de la realización o ejecución del contrato. En palabras del propio Siber (1914):

> Si de hecho existe una obligación legal de dar a conocer antes y después de la celebración del contrato, y aunque el incumplimiento negligente de esta obligación hace responsable del daño causado por este silencio. Esta responsabilidad también debe surgir si el contrato no se realiza. No es raro, sin embargo, que un contrato esté precedido por negociaciones que ya concluyen un contrato anónimo que sólo tiene como objetivo establecer obligaciones de conservación. (p. 192).

Con ello queda claro que el enfoque principal de Siber, con respecto a la responsabilidad precontractual, es sobre las obligaciones de informar y de divulgar los defectos, independientemente de la conclusión o no del contrato. Asimismo, este deber lo extiende a la obligación de notificar y no solamente de informar o divulgar. Este deber de notificar parece ser poner mayor énfasis en la obligación del vendedor, cuyo silencio lo equipara con el negligente desconocimiento del defecto, así Siber (1914) lo explica:

> Por lo tanto, determino los requisitos previos para esta reclamación según si existe una obligación primaria de informar defectos, pero de otra manera… si existe una obligación de informar, el comprador tiene la obligación de notificación, distintos de la sanción positiva por incumplimiento de la obligación principal, no sólo en el caso de dolo, sino también en el caso de negativa negligente y, si se asume una obligación de informar

> además de la obligación de notificar , también en caso de desconocimiento negligente del defecto. (p. 195).

Mientras que Siber piensa que la culpa in contrahendo es lo mismo que culpa en la realización o ejecución del contrato, al igual que Leonhard, se diferencia de él cuando habla de la violación de deberes de información precontractuales, con independencia de la celebración o no de un contrato posterior válido.

D). Teorías sobre la buena fe y lealtad en la negociación

Larenz (1987) explica que el BGB[195] entiende por "culpa" el significado de dolo y negligencia. Existe dolo cuando una persona que es consciente de su obligación la incumple intencionalmente con conocimiento del incumplimiento (pp. 279-280). Existe culpa cuando una persona pudo prever y evitar un desenlace, pero incumple un deber de cuidado objetivamente requerido, pudiendo ser ésta, grave o leve, siendo grave si el nivel de violación es mayúsculo (pp. 281-293).

Por su parte, Larenz (1987) ve el deber de ejecutar los acuerdos de buena fe y define esta institución como un principio ético jurídico que consiste en ser "fiel" a su palabra dada y no traicionar o abusar de la confianza (p. 125), y hasta lo asume como un juicio de valor[196] que "no está sujeto al juicio subjetivo de quien lo juzga, sino que debe convertirse en portavoz e intérprete de todo lo "justo" y del pensamiento "justo" (Larenz, 1987, p. 126).

Cuando Larenz (1987) se refiera al deber de cuidado y al deber de informar, lo hace de la siguiente forma:

> Según el artículo 307[197], aquel que conoce o debería conocer la imposibilidad del cumplimiento de un contrato dirigido a una prestación imposible (y, por lo tanto, nulo

[195] Se entiende el BGB en su versión antigua de 1900, puesto que la nueva versión es del 2002, después de Larenz.
[196] Cortés Pérez también lo entiende esta manera: "La buena fe aplicable a la fase precontractual ha de entenderse como un criterio de valoración." (Cortés Pérez, C. (2011). La Responsabilidad Precontractual. *Revista Gaceta Jurídica*, T. 217. Lima-Perú, p. 81).
[197] BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), art. 307: "Un contrato es nulo si su contenido es contrario al orden público." El BGB en su versión del 2002 es diferente: BGB Código Civil Alemán (versión 2002): Artículo 307: "Un contrato es nulo si su contenido es injusto."

según el artículo 306[198]) está obligado a indemnizar al otro contratante por el daño sufrido debido a la confianza en la validez del contrato, es decir, el "interés negativo", pero no más allá del interés por el cumplimiento. La obligación de indemnización no existe si la otra parte también conoce o debería conocer la imposibilidad del cumplimiento. Lo mismo se aplica según el artículo 309[199] cuando el contrato viola una prohibición legal y, por lo tanto, es nulo según el artículo 134[200]. La base de la responsabilidad en ambos casos radica en el hecho de que la parte "de mala fe" no ha informado al otro contratante. Estas disposiciones mencionadas pertenecen a las pocas en las que el concepto legal de responsabilidad por "culpa in contrahendo" ha sido incorporado en la ley... En el momento de la promulgación de la ley, el desarrollo de esta doctrina aún no se había llevado a cabo, por lo que se explican las dos limitaciones que hoy en día ya no se aplican en la aplicación de la doctrina: la limitación de la obligación de indemnización al interés por el cumplimiento como la cantidad máxima a compensar y la exclusión total de responsabilidad sólo en caso de conocimiento de la otra parte (en lugar de aplicar el artículo 254, párrafo 1)[201]. Ambas limitaciones se encuentran también en el artículo 122[202]. Sin embargo, tienen sentido en ese contexto, ya que el artículo 122 se refiere a una obligación incondicional (por la apariencia generada de una declaración de voluntad válida) y no a un caso de "culpa in contrahendo". El legislador no era consciente de la diferencia entre estos dos fundamentos de responsabilidad y, por lo tanto, diseñó las consecuencias de la responsabilidad de la misma manera, sin considerar si la responsabilidad según los artículos 307 y 309, por ser una responsabilidad por incumplimiento culpable, debería ser configurada de manera diferente a la responsabilidad por ausencia de culpa según el artículo 122. (p. 103-104).

[198] BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), art. 306: "Un contrato es nulo si su contenido es imposible." El nuevo BGB es diferente: BGB, Código Civil Alemán (versión 2002): Artículo 306: "Un contrato es nulo si su contenido es imposible o ilícito."

[199] BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), art. 309: "Los siguientes términos estándar son nulos: Términos que excluyan o limiten de manera irrazonable la responsabilidad del negocio. Términos que otorguen de manera irrazonable al negocio el derecho de modificar unilateralmente el contrato. Términos que exijan de manera irrazonable al consumidor el pago de un depósito u otro pago anticipado. Términos que exijan de manera irrazonable al consumidor renunciar a su derecho a un reembolso. Artículo 122: "Una persona que haya sufrido daños por culpa de otra persona puede reclamar una indemnización a la persona que causó el daño. Los daños que pueden ser compensados incluyen los gastos médicos, la pérdida de ingresos, el dolor y el sufrimiento, y la angustia emocional." El BGB en su versión 2022, es diferente: BGB, Código Civil Alemán (versión 2002): Artículo 309: "Los siguientes términos estándar son nulos: Términos que perjudiquen de manera irrazonable al consumidor. Términos que excluyan o limiten los derechos legales del consumidor. Términos que exijan al consumidor renunciar a su derecho de emprender acciones legales contra el negocio. Artículo 122: "Una persona que haya sufrido daños como resultado de la culpa de otra persona tiene derecho a una compensación por los daños. Los daños que pueden ser compensados incluyen daños patrimoniales, daños extrapatrimoniales y daños consecuenciales."

[200] BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), artículo 134: "Se prohíbe el uso de términos estándar que sean contrarios al orden público. Esto significa que los términos estándar que sean injustos o que violen la ley también son nulos." En cambio, en la versión 2002 del BGB el artículo 134 dice: "Un contrato es nulo si su contenido es contrario al orden público."

[201] BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), art. 254: "Una persona es responsable de los daños causados por su culpa si ha violado un deber de cuidado. El deber de cuidado se determina según las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza de la actividad, el potencial de daño y las expectativas razonables de la persona que resultó perjudicada." BGB, Código Civil Alemán (versión 2002), art. 254: "Una persona es responsable de los daños causados por su culpa si ha violado un deber de cuidado. El deber de cuidado se determina según las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza de la actividad, el potencial de daño y las expectativas razonables de la persona que resultó perjudicada."

[202] BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), art. 122: "Una persona que ha sido lesionada debido a la culpa de otra persona puede reclamar indemnización de la persona que causó la lesión. Los daños que pueden ser compensados incluyen gastos médicos, salarios perdidos, dolor y sufrimiento, y angustia emocional." BGB (versión 2002), art. 122: "Una persona que ha sufrido daños como resultado de la culpa de otra persona tiene derecho a recibir una compensación por los daños sufridos. Los daños que pueden ser compensados incluyen daños patrimoniales, daños no patrimoniales y daños consecuenciales."

Como se observa, muchos de los artículos citados por Larenz (1987) en su teoría se basan en el antiguo Código Civil de Alemania (versión 1900), donde muchos de ellos han sido remozados en la actualidad (en la versión de la reforma del 2002) para reflejar la teoría del deber de cuidado y el deber de informar, en el marco de los derechos de protección al consumidor, así como lo podemos apreciar en este cuadro comparativo:

Artículos	BGB[203] versión 1900	BGB[204] versión 2002
§306	Un contrato es nulo si su contenido es imposible.	Un contrato es nulo si su contenido es imposible o ilícito.
§307	Un contrato es nulo si su contenido es contrario al orden público.	Un contrato es nulo si su contenido es injusto.
$309	Los siguientes términos estándar son nulos: Términos que excluyan o limiten de manera irrazonable la responsabilidad del negocio. Términos que otorguen de manera irrazonable al negocio el derecho de modificar unilateralmente el contrato. Términos que exijan de manera irrazonable al consumidor el pago de un depósito u otro pago anticipado. Términos que exijan de manera irrazonable al consumidor renunciar a su derecho a un reembolso. Artículo 122 Una persona que haya sufrido daños por culpa de otra persona puede reclamar una indemnización a la persona que causó el daño. Los daños que pueden ser compensados incluyen los gastos médicos, la pérdida de ingresos, el dolor y el sufrimiento, y la angustia emocional.	Los siguientes términos estándar son nulos: Términos que perjudiquen de manera irrazonable al consumidor. Términos que excluyan o limiten los derechos legales del consumidor. Términos que exijan al consumidor renunciar a su derecho de emprender acciones legales contra el negocio. Artículo 122 Una persona que haya sufrido daños como resultado de la culpa de otra persona tiene derecho a una compensación por los daños. Los daños que pueden ser compensados incluyen daños patrimoniales, daños extrapatrimoniales y daños consecuenciales
§122	Una persona que ha sido lesionada debido a la culpa de otra persona puede reclamar indemnización de la	Una persona que ha sufrido daños como resultado de la culpa de otra persona tiene derecho a recibir una

[203] BGB, Código Civil Alemán (versión 1900).
[204] Código Civil Alemán (BGB), 2 de enero de 2002. (Alemania).

	persona que causó la lesión. Los daños que pueden ser compensados incluyen gastos médicos, salarios perdidos, dolor y sufrimiento, y angustia emocional.	compensación por los daños sufridos. Los daños que pueden ser compensados incluyen daños patrimoniales, daños no patrimoniales y daños consecuenciales.
§134	Se prohíbe el uso de términos estándar que sean contrarios al orden público. Esto significa que los términos estándar que sean injustos o que violen la ley también son nulos	Un contrato es nulo si su contenido es contrario al orden público.
§254	Una persona es responsable de los daños causados por su culpa si ha violado un deber de cuidado. El deber de cuidado se determina según las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza de la actividad, el potencial de daño y las expectativas razonables de la persona que resultó perjudicada.	Una persona es responsable de los daños causados por su culpa si ha violado un deber de cuidado. El deber de cuidado se determina según las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza de la actividad, el potencial de daño y las expectativas razonables de la persona que resultó perjudicada.

Es necesario resaltar que Larenz (1987) vincula el cumplimiento de los deberes precontractuales de informar a la obligación de actuar de buena fe, y que la culpa nace a consecuencia de una actuación de mala fe (p. 1003-104).

Es decir, para Larenz (1987), el papel que juega la buena fe es de crucial importancia en la etapa precontractual, ya sea en deber de informar, deber de cuidado, o en el deber de negociar. Así lo expresa:

> Durante el estado de negociación, las partes contratantes ya están "obligadas" en el sentido de que la renuncia unilateral al contrato, a menos que esté expresamente reservada, es ineficaz. La aprobación expresa tiene efecto retroactivo en el momento de la realización del negocio, a menos que el propósito de la ley exija lo contrario. Ambas partes contratantes están obligadas por "buena fe" a hacer todo lo posible para obtener la aprobación y abstenerse de cualquier acción que pueda obstaculizar su concesión. Esta obligación no surge del contrato en sí (que aún no es efectivo), sino de la relación jurídica precontractual que se establece desde el inicio de las negociaciones contractuales... Quien, por negligencia, impida la concesión de la aprobación está obligado a compensar al otro por los daños y perjuicios en función del "interés en el cumplimiento", siempre que se pueda suponer que de lo contrario se habría concedido la aprobación. (p. 59).

Queda claro que Larenz piensa que las partes ya están en un vínculo jurídico cuasicontractual, cuyas obligaciones vienen prodigadas por la buena fe, de donde derivan los deberes de negociar de buena fe y deberes de informar a la otra parte. Estos deberes tienen su

correlato en los derechos, que son accionables por la parte que haya sufrido un daño ocasionado por la culpa de la otra parte. Se entiende que esta culpa está teñida de mala fe.

Entonces, lo que trata de hacer Larenz (1987) es de trasplantar el vínculo jurídico comercial y sus consecuencias en caso de incumplimiento a la etapa precontractual: "Por lo tanto, ha surgido la necesidad de aplicar las disposiciones sobre las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones en la relación obligacional" (p. 105). Y es que lo que a Larenz (1987) le preocupa es tratar de no desproteger a la parte que ha sufrido un daño a consecuencia del comportamiento antijurídico de la otra parte en la etapa precontractual:

> Según la interpretación actual, el simple inicio de las negociaciones contractuales o de un "contacto comercial" preparatorio es suficiente para establecer obligaciones de cuidado y consideración elevadas entre las partes, cuya violación las hace responsables de la misma manera que la violación de una obligación derivada de una relación contractual existente. La razón de esto radica en que aquel que establece relaciones comerciales con otro generalmente espera tratar con un socio que piensa de manera honesta y se comporta de manera leal, y esta "expectativa general de honestidad" merece protección por parte del ordenamiento jurídico, ya que sin ella el comercio sin problemas no sería posible.
>
> Por lo tanto, la iniciación de las negociaciones contractuales o de un contacto comercial equivalente crea una relación especial entre las partes, que, si bien aún no implica una obligación de cumplimiento, sí implica obligaciones de conducta específicas y, por lo tanto, se caracteriza como una relación contractual legal sin una obligación primaria de rendimiento. Esta "relación jurídica de las negociaciones contractuales", como Heinrich Stoll la ha denominado acertadamente, obliga a las partes a ejercer un mayor cuidado y consideración por los intereses del otro y, en caso de incumplimiento de tal obligación, se convierte en fuente de responsabilidad por daños y, por lo tanto, en una obligación secundaria de rendimiento. (pp. 105-106).

De esta manera, Larenz (1987) piensa que al igual que en una relación contractual donde existen obligaciones (bajo cuyo rompimiento nace la acción resarcitoria), también se debe trasladar el mismo esquema a la etapa precontractual donde existen obligaciones de cuidado, de información y de negociar de buena fe.

El desarrollo de la doctrina de la CIC, para Larenz (1987) tiene su origen en las deficiencias[205] del sistema alemán en el esquema civil extracontractual:

[205] Kohlhepp llama a estas deficiencias "injusticias", y cree que la teoría de Ihering se basa en su insatisfacción con la injusticia de la ley existente, la cual consideraba injusta (Kohlhepp, G. (1989). *La relación entre la responsabilidad por defectos materiales y la culpa in contrahendo en el derecho de compraventa.* Frankfort: Peter Lang, p. 54). Keller también cree que Ihering consideró "injustas" estas deficiencias (Keller, R. (1997). *Obligaciones precontractuales en derecho administrativo. Al mismo tiempo un aporte a la teoría de las relaciones jurídicas.* Berlín: Duncker y Humblot, p. 130). Para Grote, a estas deficiencias del sistema extracontractual las llama "defectos" (Ver Grote, T. (1984). *La responsabilidad personal de terceros como aplicación de la culpa in contrahendo.* Bochum-Alemania: Dr. N. Brockmeyer, p. 108). Según Dolle, estas deficiencias constituirían "lagunas" (Dolle, H.

> La doctrina de los deberes de protección derivados de la relación de negociación se desarrolló originalmente principalmente en vista de que el derecho de responsabilidad civil no brinda protección suficiente en muchos casos. Especialmente se buscaba excluir la posibilidad de una prueba de exoneración de responsabilidad según el párrafo 2 del § 831, aplicando en su lugar el § 278 en relación con la relación de negociación. En la actualidad, una opinión extendida es que en caso de (pretendida) eliminación de la prueba de exoneración de responsabilidad del § 831, los casos de violación de un deber de protección precontractual pueden ser juzgados exclusivamente según el derecho de responsabilidad civil, ya que en estos casos también se viola un deber general de tráfico que no existe solo en relación con la otra parte de la negociación. (p. 121).

Es justamente el sistema civil extracontractual moderno el que se encarga de dar cobertura legal a situaciones como las que expone Larenz, por ejemplo, el caso del linóleo (Sentencia VI 240/1911[206], caso *Linoleonfall o Linóleo*) -a analizar en el capítulo II- donde la hija de una potencial compradora resulta herida cuando un par de telas caen encima de ella cuando estaba en tratativas con el empleado de la tienda. Este tema no estaba cubierto por el sistema civil extracontractual, de modo que el ordenamiento creó la CIC para crear el deber de cuidado del vendedor frente a la parte que entra en negociaciones con el empleado de la tienda.

Aplicando los principios de la CIC, en la forma del deber de cuidado, encontramos la ilustración que propone Larenz (1987) donde un vendedor de una casa que no estaba disponible para mostrar la casa al potencial comprador, le encarga al vecino que la muestre, pero se olvida de informarle que existe un peldaño de la escalera suelto y que tuvieran cuidado. A efecto de este error, el potencial comprador resulta lesionado al momento de caerse en ese peldaño suelto. En el sistema tradicional, el lesionado no podría reclamar por sus lesiones contra el propietario, pero gracias a la CIC, y al deber de cuidado, el propietario deberá responder por su negligencia, y para ello se utilizaría el numeral 278.[207] (p. 106)

Otro ejemplo que propone Larenz (1987) para graficar cómo la CIC a través del deber de cuidado, puede encontrar responsabilidad en la negligencia de la parte que tiene dicha obligación de cuidado. Es el caso del arrendatario y sus obligaciones de mantener la propiedad en buen estado frente al arrendador (p. 106).

(1943). Aussergesetzliche Schuldpflichten (Obligaciones extracontractuales). *Revista de la ciencia política en su conjunto y Journal of Institutional and Theoretical Economics, Bd. 103, H. 1*, 67-102, p. 83).

[206] Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

[207] BGB (edición 1900), artículo 278: "El obligado es responsable de la culpa por parte de su representante legal y de las personas cuyos servicios utiliza para cumplir con su obligación, en la misma medida en que es responsable por su propia culpa."

De igual manera, Larenz (1987) explica múltiples situaciones donde la CIC se encarga de socorrer a la parte lesionada en el contexto de una negociación contractual:

> La relación jurídica de responsabilidad derivada del contacto comercial establece un vínculo contractual sin obligación primaria de rendimiento, que incluye tanto deberes de protección o conservación, como deberes de lealtad, en particular los deberes de información, comunicación y discreción. Los deberes de protección surgen cuando una parte expone sus bienes, especialmente su salud y propiedad, a la influencia del otro, como en el caso de una escalera de sótano defectuosa, en el caso de una alfombra de linóleo dañada, en el caso de una "caída por cáscara de plátano", en el caso de un artículo defectuoso entregado a un trabajador o taller para su reparación y dañado debido a su negligencia antes de que se celebre un contrato de obra, así como en el caso de una prueba de manejo realizada por un vendedor de automóviles con un comprador interesado, en la cual el comprador sufre daños debido a la culpa del vendedor o de su empleado. En estos casos, aquel que confía en la diligencia o cuidado del otro está obligado a ejercer la debida diligencia para protegerlo de cualquier daño. (p. 110).

Estos ejemplos que Larenz provee son adaptados por el ordenamiento moderno bajo la responsabilidad aquiliana, el deber de cuidado frente a terceros y no solamente frente a un potencial comprador, bajo el principio *neminem laedere* (no dañar a terceros).

Ahora bien, en cuanto a situaciones de CIC derivadas del deber de lealtad, Larenz (1987) trae a colación casos donde se ha incumplido un deber de información o de negociar de buena fe y con lealtad, cuya fisonomía es independiente de la conclusión del contrato:

> Los deberes de lealtad y protección se basan no en el contrato posteriormente celebrado, sino que surgen independientemente de si se llega o no a un contrato, desde el inicio de las negociaciones contractuales o de un contacto empresarial preparatorio. La iniciación de las negociaciones contractuales o de un contacto empresarial se considera un acto real y no un contrato legal. La responsabilidad no se basa en un comportamiento socialmente típico, como ocurre en una relación de deuda, sino exclusivamente en el derecho objetivo (no escrito), en última instancia en el principio de "buena fe y lealtad." (p. 109).
>
> Los deberes de lealtad se refieren a la obligación de informar al otro sobre circunstancias que podrían impedir la celebración del contrato o frustrar el propósito contractual del otro. (p. 110).
>
> Quien incumpla culposamente una obligación de conducta derivada de la "relación jurídica de negociaciones contractuales" debe indemnizar al otro… por el daño sufrido como resultado. Por lo tanto, debe ponerlo en la misma posición en la que estaría si hubiera cumplido con su deber de diligencia, cuidado o información. (p. 112).

Con ello queda clara la teoría de Larenz. Para este autor, la CIC es una doctrina que tiende a crear un vínculo jurídico especial en la etapa precontractual guiado por deberes de cuidado, de

información y de negociación con lealtad, donde frente al incumplimiento de cualquiera de estos deberes, la parte afectada tiene derecho al resarcimiento o indemnización.

Como podemos apreciar, la CIC que nace con Ihering y se fundamenta en la diligencia (y no en la buena fe), como figura contractual, pasa a ser un *dolo in contrahendo* cuando la doctrina posterior se aparta de la diligencia como motor de esta responsabilidad precontractual y abraza la buena fe (que se presume) como motor de la teoría, con la consecuencia inevitable de incluir su correlato dialéctico (la mala fe, el dolo o el engaño) como elemento central de la teoría (cuyo dolo o mala fe debe probarse), con lo que la teoría pasa a convertirse en un *dolo in contrahendo*, y donde la RINP (ruptura "injustificada" de negociaciones preliminares") -como lo veremos en el capítulo siguiente- se convierte en una ruptura "maliciosa de negociaciones preliminares. Esta "integración" de la CIC ha llevado a equiparar la CIC con la figura del *misrepresentation* del *common law* (como lo veremos en el capítulo III).

2.2.4. Figuras alternativas al dolo in contrahendo y la ruptura maliciosa de negociaciones preliminares

A). La teoría de las estancias sucesivas

Preliminarmente, Valdés Duque (1991)[208] piensa que la obra de Faggella fue el primer intento serio de estudiar la responsabilidad precontractual de manera concienzuda.

La influencia de Faggella en la normatividad italiana ha sido notable. Por su parte, Monsalve-Caballero (2013, p. 129) señala que los primeros veinticinco años de jurisprudencia en Italia estuvieron inspirados en las teorías de Faggella.

Ahora bien, estudiando la obra de Faggella (1918) podemos sostener que el autor consideraba que la mayoría de los contratos van precedidos de un período preparatorio, que es esencial para la formación del contrato. El documento delimita tres fases diferenciadas del periodo precontractual:

[208] Valdés Duque expone: "El gran mérito de Faggella fue sin duda; ser la primera vez que un autor estudió en profundidad el período contractual que hasta entonces no había merecido una excesiva atención por parte de la doctrina. Asimismo, hay que considerar como innovadora su tesis sobre la existencia de una responsabilidad en los casos de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares." (Valdés Duque, P. (1991). La Responsabilidad Civil Derivada de los Tratos o Negociaciones Preliminares: La Culpa in Contrahendo. Universidad Complutense de Madrid. Recuperado el 8 de noviembre de 2023, de https://hdl.handle.net/20.500.14352/38897, p. 64).

1.- Concepción y elaboración (el momento preformal de la oferta)[209]

2.- Perfección o realización de la propuesta (el momento de perfección)[210]

3.- Activación (el momento operativo). Señala, además, que estas fases pueden repetirse, ya que pueden surgir negociaciones y contrapropuestas (p. 5-7).[211]

Entonces Faggella (1918) analiza el tercer momento del período precontractual, que comienza con la propuesta y finaliza con la perfección del contrato (p. 8). Ahora bien, este autor distingue dos momentos en el movimiento de una oferta: el primero desde el inicio de la declaración hasta la aceptación, y el segundo desde la aceptación hasta la finalización del contrato (p. 51).

Asimismo, Faggella (1918) analiza la importancia de la *actio in factum* en el derecho romano, que permitía la ejecución de reclamaciones que no estaban reconocidas por el derecho civil (p. 47), y analiza la posibilidad de que la *actio in factum* pudiera haber sido utilizada para proteger al negociador durante el período precontractual

De otra parte, Faggella (1918) estudia las obras anteriores de Ihering, Windscheid y Saleilles, y concluye que todas estas teorías son arbitrarias o inexactas y las agrupa en tres categorías: las que se basan en elementos contractuales, las que se basan en motivos penales o cuasi penales y las que se basan en la buena fe y la confianza (p. 75); y considera que la primera teoría es criticada por su dependencia del concepto de malicia. La segunda teoría es criticada por su dependencia del principio de buena fe y cree que el principio de buena fe no es un principio general y absoluto en el derecho positivo (p. 78).

De modo que, Faggella (1918) propone una nueva teoría de la responsabilidad precontractual. La teoría se basa en la doctrina esbozada para otros períodos contractuales. La propuesta se caracteriza por tener un carácter dual, en el sentido de que puede ser considerada desde dos perspectivas diferentes. La primera perspectiva considera la propuesta como parte del proceso contractual, mientras que la segunda perspectiva considera la propuesta como un valor jurídico independiente (p. 79).

---

[209] En esta etapa preparatoria, Ferro (1999) también encuentra responsabilidad o CIC vinculada a un comportamiento "contrario al deber general" de buena fe en la fase preparatoria de un contrato (p. 100).

[210] Según Saleilles las tres etapas serían: negociación, formulación de proyectos y emisión de ofertas (Saleilles, R. (1907). Responsabilidad Precontractual. *Revisión Trimestral de Derecho Civil, T. VI,* 697-751. Paris: Larose & Tenin, p. 710).

[211] Saleilles hace referencia al trabajo de Faggella en estas fases, destacando específicamente su descripción de la fase de oferta. Para Saleilles la oferta es sólo uno de muchos actos jurídicos que contribuyen a la formación de un contrato (Saleilles, R. (1907). Responsabilidad Precontractual. *Revisión Trimestral de Derecho Civil, T. VI,* 697-751. Paris: Larose & Tenin, p. 708, 730).

Por otra parte, Faggella (1918) analiza el concepto de "interés negativo" y sostiene que es ilegal, sosteniendo que se debe compensar el valor de la propuesta destruida y los daños causados por la destrucción (p. 85)[212].

Faggella (1918) también menciona como relevante el hecho que Saleilles haya prestado atención a su teoría (p. 91), pero critica a Ihering sosteniendo que su CIC pero sostiene que no se corresponde con la realidad del fenómeno jurídico (p. 92).

Lo que analiza Faggella (1918) es un sistema objetivo de responsabilidad sin culpa, sin embargo, su propia teoría no se basa en este concepto (p. 123), y sostiene que la responsabilidad precontractual tiene sus raíces en la voluntad del que se retira y en la destrucción de un valor jurídico-económico, distinguiendo su teoría de las teorías del delito o cuasi delito y sostiene que no se trata de una obligación contractual (p. 128).

Por otro lado, Faggella (1918) analiza los diversos elementos económicos y legales que pueden verse afectados por el retiro de las negociaciones, como el tiempo, el trabajo y los recursos (p. 130), y cree que no es necesaria el dolo o negligencia para establecer la responsabilidad, ya que surge de un "principio supremo" que el autor ha formulado. El autor contrasta este principio con las teorías tradicionales que se basan en conceptos de malicia o negligencia, así como con las teorías modernas que se centran en el daño objetivo (p. 131).

Luego Faggella (1918) analiza el concepto de responsabilidad por el "hecho de las cosas" (*du fait des choses*), que se basa en un vínculo causal puramente objetivo. El autor sostiene que este concepto a menudo se pasa por alto y que no se tiene en cuenta la verdadera causa jurídica del fenómeno (p. 132).

Faggella (1918) sí estudia las teorías objetivas que abogan por el reconocimiento del daño objetivo como fuente de responsabilidad, y las teorías subjetivas. También analiza la doctrina del riesgo[213], que sostiene que el agente debe soportar las consecuencias de sus acciones si son peligrosas para los demás, y menciona a Saleilles como un firme defensor de esta doctrina (pp. 133-135); también analiza otro grupo de teorías que sostienen que la responsabilidad debería

[212] Por su parte, Ferro piensa que los "intereses negativos" deberían limitarse a los gastos incurridos en la celebración del contrato preliminar y no a la pérdida de otras oportunidades de celebrar el contrato (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, p. 18).

[213] Para Ferro cuanto más cerca están las partes de llegar a un acuerdo, mayor es el riesgo que asumen. Sostiene que la confianza en la celebración del contrato no tiene nada que ver con la obligación de actuar de buena fe, sino que afecta a la evaluación del riesgo asumido por la parte. Analiza el concepto de "causa justa" y sostiene que debe interpretarse de manera restrictiva. (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, p. 85).

basarse en criterios empíricos, como la naturaleza peligrosa de la empresa o el poder económico del perpetrador (p. 137).

Entonces, la novedad de Faggella (1918) es discernir tres etapas en la formación de los contratos y analizar que si una de las partes se retira prematuramente de las negociaciones, se considera ilegítimo y puede resultar en un desperdicio de recursos para la otra parte (p. 41), asimismo analiza el concepto de responsabilidad precontractual, que surge cuando una de las partes viola los términos de las negociaciones (p. 42); sosteniendo que la retirada prematura del consentimiento puede dar lugar a la responsabilidad del reembolso de gastos y costas (p. 43)[214]. También sostiene que hay dos causas principales para esta responsabilidad: la primera es la necesidad de compensar el trabajo preparatorio y la segunda es la destrucción del valor ajeno. Y la responsabilidad se limita al reembolso de gastos y costas, salvo que las partes acuerden ampliarla (p. 44).

Por su parte la teoría fe Saleilles se funda en las concepciones de Faggella[215]. Lo que le interesa a Saleilles (1907) es la "equidad" y la "justicia comercial" en la responsabilidad precontractual (pp. 48, 49).

Saleilles (1907) también considera que la responsabilidad precontractual tiene etapas previas a la contratación y que la oferta marca el final de la fase preparatoria y el inicio de la fase jurídica. Señala que la oferta es un acto jurídico, ya que puede dar lugar a la formación de un contrato (p. 7). El autor analiza la diferencia entre abandonar o romper las negociaciones preliminares y revocar una oferta, sosteniendo que en el primer caso se ha producido un acto jurídico, mientras que en el segundo las partes aún no han llegado a la fase decisiva (p. 9).

Para Saleilles (1907) las etapas precontractuales serían en realidad cuatro:

[214] Ferro identifica el derecho al reembolso como una aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto. Asimismo, distingue entre gasto y daño. Sostiene que, si bien un gasto siempre es legalmente relevante, la cuestión no es identificar el gasto, sino más bien identificar el tipo de propiedad sobre la que debería impactar el gasto. De la misma forma, Hace referencia a la distinción tripartita entre gastos necesarios, útiles y voluntarias (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, pp. 119-125).

[215] Saleilles elogia el trabajo de Faggella por su profundidad y análisis (Saleilles, R. (1907). Responsabilidad Precontractual. *Revisión Trimestral de Derecho Civil, T. VI.* (pp. 697-751). Paris: Larose & Tenin, p. 705).

1).- Fase preliminar: En la fase preliminar o de negociación, las partes no están sujetas a ninguna obligación, sino que simplemente están trabajando para estructurar un contrato potencial (fase de negociación donde las partes discuten y acuerdan puntos clave).

2). La fase de formulación del Proyecto: las dos partes sintetizan los acuerdos alcanzados para crear un proyecto global).

3).- La fase de oferta: La fase de oferta es cuando una parte hace una oferta definitiva a la otra, que luego se formaliza en un documento oficial

4). La fase de aceptación. La fase de aceptación es cuando la otra parte acepta o rechaza la oferta. (Saleilles, 1907, p. 16).

Saleilles (1907) sostiene que las dos primeras fases de la responsabilidad precontractual (negociación y formulación del proyecto) tienen valor jurídico, aunque a menudo se las considere meras manifestaciones fácticas (p. 17). También Saleilles (1907) sostiene que las negociaciones entre dos partes ya tienen valor jurídico, aunque no sean decisivas, haciendo referencia a una idea de Faggella, que sostiene que estas negociaciones se componen de acuerdos sucesivos que son verdaderas convenciones, aunque no pretendan crear ninguna obligación vinculante (p. 18).

Saleilles (1907) piensa que, si una parte se retira de las negociaciones sin justificación, está actuando de mala fe es responsable de daños y perjuicios (p. 24). De nuevo vemos la referencia a la mala fe que se asemeja a la concepción de la misrepresentation.

De la misma manera, Saleilles (1907) considera que el interés negativo indemnizable no incluye lucro cesante, oponiéndose a incluir las oportunidades perdidas como parte de esta compensación, ya que sólo existe un vínculo causal indirecto entre las negociaciones y estas oportunidades perdidas (p. 31).

De la misma forma que Faggella, Saleilles (1907) sostiene que el fundamento de la nulidad no debe encontrarse en la prueba de una falta o cuasidelito, sino en la idea de una garantía implícita en un acto de aquiescencia voluntaria, haciendo referencia al trabajo de Faggella, quien defiende esta idea de garantía (p. 34).[216]

[216] Saleilles reconoce que la teoría de Faggella no es del todo clara en algunos aspectos, y que puede haber sido mal interpretada o extrapolada en algunos puntos (Saleilles, R. (1907). Responsabilidad Precontractual. *Revisión Trimestral de Derecho Civil, T. VI,* 697-751). París: Larose & Tenin, p. 41).

En este sentido, Saleilles (1907) también sostiene que la violación del uso es el factor principal para determinar la responsabilidad, más que la idea de culpa. De igual forma hace referencia a ideas expuestas por Faggella, que separan la responsabilidad de la culpa (p. 51).[217]

Ahora bien, el "principio supremo" al que Faggella (1918) se refiere es el principio de que la fuerza de la voluntad (p. 28), es decir libertad de la voluntad, que permite a las personas ejerzan su autonomía en las relaciones jurídicas (pág. 161), y por ende la responsabilidad surge de él, incluso sin malicia o negligencia (p. 66, 153-155, 168). En otras palabras, la revocación de una propuesta destruye un valor legal y económico para el destinatario y que esta destrucción debe ser compensada (p. 81). Asimismo, este principio supremo, es anejo al "principio objetivo de justicia natural" y un "gran principio ético-jurídico" (p. 100).

Es importante destacar que Faggella (1918) sostiene que "la mala fe o la negligencia" no son necesarias para establecer la responsabilidad precontractual (p. 33, 76). En otras palabras, el principio "supremo" de Faggella se basa en la voluntad, la libertad y su fundamento ético-jurídico. Según esta perspectiva, la responsabilidad de la parte que se retira de las negociaciones se fundamenta en dos factores clave: el consentimiento para negociar y la generación de pérdida de valor para la otra parte (pp. 43, 44).

No obstante, en la práctica, como veremos en la jurisprudencia italiana del anexo III, la ruptura injustificada de negociaciones preliminares se ha vinculado con el dolo y la mala fe, los cuales deben ser demostrados. En este contexto, la buena fe está necesariamente relacionada con el dolo. El aporte de Faggella y Saleilles, como hemos visto, consiste en analizar las etapas de formación de la responsabilidad precontractual y su efecto subsiguiente en la oferta y el contrato.

B). La teoría del contacto social y contacto social calificado

Esta teoría fue ideada por Dolle (1943), donde el contacto social se refiere a la interacción entre individuos que se relacionan en el contexto legal sin formalizar un contrato[218]. Los acuerdos

[217] Sin embargo, Saleilles está de acuerdo con Faggella, quien sostiene que una oferta siempre debe ser revocable, independientemente de las circunstancias. Luego Saleilles critica el argumento de Faggella por ser excesivamente doctrinario y basarse en una visión excesivamente individualista del derecho (Saleilles, R. (1907). Responsabilidad Precontractual. *Revisión Trimestral de Derecho Civil, T. VI,* 697-751). París: Larose & Tenin, p. 734).

[218] Ferro afirma que el "contacto social" entre las partes en el período precontractual no es suficiente para calificar la responsabilidad como contractual (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán:

que preceden a la firma de un contrato constituyen una forma de contacto social, generando una dinámica de confianza que da origen a ciertas obligaciones (Schuldpflichten) que encuentran sustento en los apartados 157[219] y 242[220] del BGB (Código Civil Alemán) (pp. 67-102), sobre todo para establecer la obligación de informar (p. 86).

Dolle (1943) sostiene que la culpa in contrahendo no es la forma correcta de entender la responsabilidad de quien daña la propiedad de otra persona durante la negociación del contrato, sino que la responsabilidad surge del contacto social entre las dos partes (pp. 72, 74-75). Asimismo, sostiene que la clave para determinar si existe o no una obligación es examinar el contacto social específico entre las partes involucradas, concluyendo que no son las negociaciones contractuales las que crean deberes, sino más bien el contacto social el que pone los bienes vitales de uno bajo el cuidado de otro (p. 74). Sostiene que cuando la responsabilidad surge del propio ámbito jurídico, la persona que entra en la vida o confianza de la otra persona tiene el deber de preservar ese ámbito (p. 78). De esta forma, Dolle (1943) sostiene que el término "relaciones contractuales" es engañoso porque las relaciones discutidas no surgen de un contrato y no están sujetas al derecho contractual, utilizando el término "obligaciones extralegales" para evitar confusiones, ya que el término "relaciones contractuales" es engañoso porque las relaciones discutidas no surgen de un contrato y no están sujetas al derecho contractual (p. 85).

Sin embargo, Dolle (1943) sostiene que estos deberes no son "extralegales" en el verdadero sentido porque se basan directamente en la ley o pueden remontarse a una analogía legal (p. 86). Luego analiza el concepto de "obligaciones externas" que surgen fuera de un contrato formal o de una ley, y analiza tres categorías de deberes: protección, cuidado y mantenimiento; notificación y aclaración; y pago por los servicios recibidos, y analiza la importancia de adherirse a reglas estrictas para el deber de informar con el fin de defender los principios de una comunidad basada en la solidaridad (p. 89). Asimismo, estas obligaciones "externas" surgen fuera de un contrato formal o una ley (p. 93).

Por su parte, Ordoqui Castilla (2017) resume esta teoría del siguiente modo:

Cedam, p. 111).

[219] El artículo 157 del Código Civil Alemán BGB señala: "Los contratos se interpretarán de acuerdo con la intención de las partes, teniendo en cuenta la buena fe y la práctica habitual."

[220] Artículo 242 del BGB: "El deudor tiene la obligación de actuar de acuerdo con los requisitos de la buena fe, teniendo en cuenta la práctica habitual."

> Asume relevancia el momento en que alguien, para lograr un fin, expone sus bienes a la influencia ajena, y especialmente cuando entra en la esfera jurídica dominada por otro. Cuando se produce el contacto social surgen deberes accesorios a partir, especialmente, dl momento en que se establece una relación de confianza. Este contacto social, con un fin de contratar, hace que surjan deberes de lealtad, corrección, todos ellos inspirados en la buena fe con que deben proceder las partes. (p. 249)

Por su parte, Haftung (1962) considera que la "verdadera base de responsabilidad" es el "contacto social" que surge entre dos partes (p. 34); sin embargo, menciona que el "arglistiges Verhalten" (comportamiento malicioso) es un factor importante (p. 26), con lo cual se reduciría la teoría a su equiparación con la misrepresentación.

Ihering	Windscheid	Leonhard	Siber	Larenz	Faggella/Salelles
Un contrato que deviene en nulo por vicios existentes en el período de formación del contrato e imputables a una de las partes. El contrato es válido, pero deviene nulo por una causal en el período precontractual. Su teoría es contractual, se basa en la diligencia y no en la buena fe. Pone énfasis en el interés negativo.	Se enfoca en la teoría del error y las situaciones de invalidez. Igual que Ihering, el contrato se realiza, es válido pero deviene en nulo. Windscheid introduce el concepto de buena fe al sistema de responsabilidad precontractual de Ihering, apartándose de su teoría. Incorpora el concepto de buena fe y analiza el tema del dolo y la culpa lata (negligencia grave).	La teoría de Leonhard dispone que el vendedor que conocía de un defecto del objeto contractual debe comunicarlo al comprador, al amparo del deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual. No interesa si el vendedor actuó con dolo o negligencia por cuanto es responsable frente a los daños incurridos por el vendedor. Incorpora el concepto de buena fe sin abandonar el de diligencia.	Al igual que Leonhard, pero se diferencia de él cuando habla de la violación de deberes de información precontractuales, con independencia de la celebración o no de un contrato posterior válido.	Para este autor, la CIC es una doctrina que tiende a crear un vínculo jurídico especial en la etapa precontractual guiado por deberes de cuidado, de información y de negociación de buena fe, donde frente al incumplimiento de cualquiera de estos deberes, la parte afectada tiene derecho al resarcimiento o indemnización.	La existencia etapas progresivas de una responsabilidad en los casos de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares que no pasa por la concepción de buena fe, sino por la diligencia.

3.- La integración del dolo en la *Diligencia in Contrahendo*

Como vimos del análisis de los apartados anteriores, la CIC nació como una teoría enancada en la culpa, o sea en la negligencia. Ihering (1861) específicamente advirtió que la buena fe no era el motor de su teoría sino la diligencia (pp. 30-37). Advirtió expresamente que la buena fe se presumía para ambas partes, por lo cual la buena fe no podría ser el motor central de su teoría, y en el desenvolvimiento de sus concepciones trató por todos los medios de distinguir la culpa del dolo y de dejar al dolo aparte.

También vimos que la doctrina posterior a Ihering, incluyó la buena fe como elemento esencial del tramado doctrinal de esta teoría. Al momento de incluir la buena fe, lo que irremediablemente se está haciendo es atraer a su correlato dialéctico contrario (la mala fe o el dolo)[221]. En el anexo II podemos observar las citas del Digesto[222] referidas a la buena fe y el dolo. A través de la lectura atenta de ese anexo podremos entender que, para el Digesto, la buena fe y la diligencia son figuras centrales y protagonistas de todo actuar humano ya sea dentro de la esfera del derecho privado como público.

En efecto, de la lectura atenta del Digesto, o, mejor dicho, de las citas del Digesto con respecto a la buena fe, entendemos que muchas veces se define como la ausencia de mala fe, y ésta se equipara con el dolo, el fraude y el engaño[223]. Como quiera que la doctrina seguidora de Ihering abandona, o al menos, cambia de protagonista de esta obra: dejando la diligencia y asumiendo la buena fe, entonces la mala fe se convierte en el paso indispensable probatorio para que un actor pueda accionar bajo la CIC.

De modo que la *diligencia in contrahendo* de Ihering pasa a dar paso al *dolo in contrahendo*, y consecuentemente la vertiente de la Ruptura injustificada de negociaciones preliminares, pasa a equipararse a la misrepresentación, cambiando su fisonomía por una ruptura maliciosa de negociaciones preliminares[224].

---

[221] Chaussade Klein equipara el dolo al fraude o engaño (pp. 35-38), y define el dolo como causa de nulidad cuando resulta evidente que sin el dolo la otra parte no habría celebrado el contrato (Chaussade Klein, B. (1992). *La "obligación de renseignements" precontractual en el derecho francés.* Berlin: Peter Lang, p. 17).

[222] Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm. En adelante "El Digesto".

[223] Remitimos al lector al anexo II para revisar el sinnúmero de citas del Digesto en este sentido.

[224] Stocker menciona "Obhuts - Sorgfaltspflic ten" (traducido como "deberes de custodia, cuidado") como deberes precontractuales que no son exigibles de forma independiente, pero que pueden dar lugar a una reclamación por daños y perjuicios si es violado.

Este proceso de "integración" donde el dolo se convierte en protagonista central, desplazando a la culpa, trae como corolario que se imponga a la parte actora (que es la parte afectada) la obligación de probar la mala fe (puesto que la buena fe se presume), entendiendo mala fe por dolo o engaño. Este paso probatorio es de suyo complicado y harto problemático.[225] A partir del análisis de los casos del RINP (o ruptura maliciosa de negociaciones preliminares) en el anexo III, a la luz del PE, comprenderemos que la jurisprudencia italiana, alemana, española y francesa equiparan la CIC a este *dolo in contrahendo* o a la ruptura maliciosa de negociaciones preliminares. Asimismo, la jurisprudencia alemana, en muchos casos une la segunda vertiente de la CIC (deber de informar) con la tercera vertiente (deber de negociar de buena fe). Con ello, el dolo termina consumiendo y devorando a la culpa, con el consecuente problema de imposición de un elemento oneroso probatorio en los hombros de la parte actora[226].

No es lo mismo probar o tratar de probar que una falsedad fue material[227] en el proceso de gestación de un contrato que probar que dicha falsedad fue fraudulenta, puesto que el fraude incluye y exige ciertos elementos que pasan por la conciencia y la intención de defraudar o engañar[228].

Nos preguntamos si este proceso de expansión del dolo es justo y eficiente para la parte actora, y juzgando por la casuística, la probanza no es sencilla. Qué gran diferencia con respecto a la misrepresentación que deja la opción para probar la falsedad bajo la férula del Segundo Restatement de Contratos § 161 (b)[229] que exige que la falsedad sea o fraudulenta o material (como preludio para una demanda de rescisión o nulidad con la consecuente restitución), mientras que el

Esto sugiere que la diligencia es un elemento importante de la culpa in contrahendo (Stocker, H. (1961). *El fundamento jurídico de la culpa in contrahendo. Un aporte al sistema y método en el derecho de las obligaciones*. Colonia: Dr. Nipperdey, p. 58).

[225] En el capítulo III veremos que la CIC se equipara a la figura de la misrepresentación intencional, donde se debe probar que la falsedad inductora fue no solamente material sino también fraudulenta.

[226] Ferro comprende muy bien este aserto y piensa en la dificultad de demostrar la mala fe en los casos en que una de las partes se retira de las negociaciones en una etapa avanzada del proceso (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, p. 95).

[227] Schaumburg considera que la responsabilidad deriva del del deber de proporcionar información veraz sobre el producto que se vende, concretamente en relación con sus defectos o cualidades. (Schaumburg, H. (1974). *Garantía por defectos materiales y culpa precontractual. §463 BGB y culpa in contrahendo*. Colonia: Peter Hanstein Verlag, págs. 32, 34, 38).

[228] Schmitz considera que la doctrina puede invocarse en casos de "declaraciones falsas" hechas antes o durante la celebración de un contrato, y luego menciona que durante las negociaciones contractuales se deben evitar declaraciones falsas y que existe la obligación de revelar información que podría ser importante para la toma de decisiones de la otra parte. (Schmitz, E. (1980). *Responsabilidad de terceros en caso en la contratación*. Berlin: Duncker y Humblot, pp. 87, 89, 90).

[229] Restatement (Second) of Contracts (SRC). (1981) § 161(b). (EE.UU.).

Segundo Restatement de Torts § 551 (1)[230] exige que la falsedad sea fraudulenta y material, como paso previo para demandar daños.

Por su parte, la doctrina generalmente ha asumido que Ihering impuso la buena fe como motor de su doctrina (lo cual, como vimos, no es cierto). Asimismo, otro sector de la doctrina piensa al unísono que la CIC debe estar fundada en la buena fe, con lo cual el proceso de expansión del dolo queda totalmente cuajado[231]. Por ejemplo, veamos algunas perlas de la corona.

Por su parte, Nunes Fritz (2018) considera que la CIC está vinculada a la mala conducta de una parte (Fehlverhalten) antes de que se celebre el contrato (p. 23). Este dolo (Täuschung) constituye un engaño sin el cual la otra parte no habría llegado a contratar (Chaussade Klein, 1992, pp. 45-46). En la misma línea, Laszlo (1996) equipara la mala conducta[232] al engaño (p. 156).

Entonces, el engaño o dolo que induce a la otra parte a contratar, equivale un artificio o artilugio[233] que contraviene la buena fe[234], generando una impresión falsa de que se formará un contrato en un sentido determinado o cuando alguien engaña a otra parte sobre los beneficios de un contrato, así como lo expone Mousseron (1985, pp. 97-98).

Este dolo o mala fe viene a equipararse a la CIC como elemento central de la significación de la buena fe. Es decir, la buena fe queda definida por un sentido exclusionista para definirlo por lo que no es[235], o por lo que no debe ser (engañar).[236]

Por su lado, Pouliadis (1982) también interpreta la buena fe como el deber de no engañar a la otra parte y de proporcionar información precisa (p. 173), y también se refiere a un tema que

[230] Second Restatement of Torts (SRT), (1965-1979) § 551 (1). (EE.UU.)
[231] Piotet menciona que el acto de participar dolosamente en un engaño es ilícito y puede generar responsabilidad (Piotet, P. (1963). *Culpa en la contratación y responsabilidad precontractual en el derecho privado suizo.* Berna: Stempfli, p. 110).
[232] Esta mala conducta ha sido aludida como "conducta inadecuada" por Caruso (1993, pp. 23-25).
[233] Caruso se refiere a la "scaltrezza" astucia (Caruso, D. (1993). *La Culpa in Contrahendo. La Experiencia Estadounidense e Italiana*. Milán: Giuffre Editores, pp. 222). Zuloaga (2019) lo llama "decepción culpable de la confianza legítima", refiriéndose específicamente a que una parte engañe a otra, con lo cual la CIC queda equiparada a las misrepresentaciones (Zuloaga, I. (2019). *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective*. Cambridge: University Press, pp. 20 y 31).
[234] Para Mustafaraj, la CIC está vinculada a la obligación de actuar de buena fe durante la fase precontractual (Mustafaraj B. (2019). Modern legal systems and the principle of "Culpa in Contrahendo": A review of the Albanian model of pre-contractual liability on a Roman-Germanic model reference. En *Academicus International Scientific Journal*. Tirana-Albania: Academicus, p. 80).
[235] Para Ferro la regla de la buena fe tiene un "contenido objetivo" que "reprime la malicia" (Ferro, F. (1999). *El cargo precontractual. La preliminar, las negociaciones.* Milán: Cedam, pp. 69-71).
[236] Otros autores han deslizado la idea de una el concepto de "Mitverschulden" (negligencia contributiva), donde el Gläubiger (acreedor) debe tener cuidado para evitar ser engañado también, tal como lo postula Kakatsakis, S. (2007). *La culpa in contrahendo según el nuevo derecho de obligaciones.* Tubinga: Koehler Druck, p. 168).

lo veremos en profundidad en el capítulo III (la misrepresentación), puesto que explica que la ocultación intencional de defectos es una responsabilidad por CIC (p. 35).[237]

Ahora bien, en el capítulo II veremos las tres vertientes de la CIC (deber de cuidado[238], deber de informar[239] y deber de negociar de buena fe[240]). Los últimos dos vectores se entrelazan estrechamente[241], tal cual lo han entendido los Tribunales de Casación de Alemania, Francia, Italia y España[242]. De modo que la reticencia de brindar información clara y fidedigna puede dar lugar a una misrepresentación que a la larga se traduzca en una acción de rescisión o nulidad. En este sentido, Prata (2018) manifiesta que las consecuencias de proporcionar información falsa o incompleta están vinculadas a la CIC (p. 148), equiparando el dolo con el engaño (p. 163).[243]

Por otro lado, García Rubio (1991) va un paso más allá y argumenta que el elemento clave de la CIC no es la buena fe, sino la "actitud maliciosa" de una de las partes contratantes para engañar a la otra y llevarla a celebrar el contrato (p. 168). Esta perspectiva se asemeja a la figura de la "misrepresentation" en el derecho consuetudinario (*common law*), a la que se hace referencia en la sección 162(b) del Segundo Restatement de Contratos y la sección 551(1) del Segundo Restatement de Torts, como veremos en el capítulo III. Esto resulta en una identidad casi perfecta entre la CIC y la "misrepresentation.". En este sentido, García Rubio (1991, p. 46) considera que

[237] Chaussade Klein usa el concepto de "reticence" o "reticencia" en la ley francesa, que se refiere a la retención intencional de información para engañar a alguien. (Chaussade Klein, B. (1992). *La "obligación de renseignements" precontractual en el derecho francés.* Berlin: Peter Lang, pp. 45-46).

[238] Para Caldas la CIC se manifiesta en aspectos como el deber de protección, lealtad, seguridad y cooperación (Caldas, R. (2015). A responsabilidade do Estado nos contratos administrativos por culpa in contrahendo e post factum fi nitum. Re*vista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),* Universidade Nove De Julho, Brasil, p. 359). Por su lado, Ganbari explica que las partes tienen la obligación de cuidarse mutuamente (Ganbari, M (2020). Liability in culpa in contrahendo and negative damages in the context of the termination of pre-contractual negotiations. *Selçuk Law Review.* Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey, pp. 745-746).

[239] El deber de informar está vinculado al deber de lealtad. Para Lewandowska, la "decencia" y la "lealtad" en las relaciones de derecho civil se refieren a la CIC. (Lewandowska, E. (2020). Loyalty In Civil-Law Relationships as Found in The Polish Law. En *Bratislava Law Review*, Polonia: University of Bratislava, p. 39).

[240] Para Bogusch, la teoría en última instancia trata sobre la obligación de actuar con la debida diligencia en las negociaciones contractuales (Bogusch, E. (1928). *El desarrollo más reciente de la doctrina de la culpa in contrahendo.* Koenigsberg-Alemania: M.Hiller vorm.Michelly, p. 89).

[241] Paez-Maletz estudia el tema del "incumplimiento de los deberes de información" por parte de la parte que se retira de la negociación. (Paez-Maletz, P. (1992). *La protección de la confianza en la celebración de contratos en el derecho estadounidense. Una comparación con la responsabilidad por romper las negociaciones del contrato en Alemania.* Colonia: Lameli p. 239).

[242] Remitimos al lector el estudio de los casos de la CIC expuestos en el anexo III de esta obra, analizados a partir de la lupa del PE.

[243] Por su parte, Sousa vincula en tema de los "vicios ocultos" con el concepto de error. (Sousa, M. (1995). *La privatización de la empresa financiero portugués. Reglas sobre responsabilidad de reprivatización por el folleto. Culpa en contrahendo. Vicios ocultos de las sociedades reprivatizadas.* Lisboa: Alex, p. 147).

el dolo se equipara al fraude en la contratación o dolo in contrahendo, donde el dolo se refiere al engaño intencional, o sea al ocultamiento vinculado a la misrepresentation (pp. 94-95).

En esta misma línea de pensamiento, Choi (1990) vincula el concepto de "dolo" al de la tergiversación (misrepresentation) fraudulenta, al amparo del sistema de la "faute précontractuelle" (p. 254-256).

En este mismo sentido, Kovac (2019) piensa que la CIC trata de desalentar comportamientos indeseables[244] como la misrepresentación (p. 13), implicando que la CIC se encuentra fuertemente vinculado a este concepto. En el mismo sentido, Durak (2017) piensa que existe responsabilidad por CIC cuando una parte realiza declaraciones falsas (pp. 246-247).

Como se puede observar, al incorporar la buena fe como un elemento central de la CIC, es decir, al "integrar el dolo en la culpa" la CIC, se presume la existencia de buena fe, mientras que la mala fe debe ser probada, lo que es similar a lo que ocurre con la "misrepresentation." Sin embargo, la equiparación más precisa de la CIC se asemeja más a la "misrepresentation" que, al PE, ya que en este último no es necesario demostrar el estado mental del actor, es decir, no se requiere demostrar la mala fe o el dolo del promitente.

Demostrar la mala fe o el dolo no es una tarea sencilla, sino más bien ardua y complicada. De esta manera, desde el principio, la figura de la CIC resulta ser menos eficiente que la PE, que no requiere la prueba del estado mental del promitente. Esto puede considerarse injusto, ya que el demandante acude a un tribunal de justicia para reclamar daños inducidos por las representaciones de la parte promitente. Si, además de la prueba de los daños y la confianza quebrantada, se le impone la carga de demostrar el dolo o la mala fe, estamos convirtiendo la CIC en una figura más costosa, gravosa, y menos eficiente y justa que la PE.

En este sentido, Caruso (1993) menciona que, en la mayoría de las jurisdicciones, una representación falsa de hechos relevantes sólo puede proporcionar una causa de acción válida si el demandante puede demostrar mala fe por parte del demandado (p. 54). En este sentido, Loser (2006) vincula la CIC con las tergiversaciones de mala fe al proporcionar información falsa (p. 55). Esta falsedad, que viene catalogada como engaño (fraude o dolo en el Digesto) lo Podemos apreciar en toda

[244] Grote menciona la "störungsfreien Geschäftsverkehrs" (tráfico comercial sin obstáculos) y la necesidad de un "reibungslosen Geschäftsverkehr" (tráfico comercial fluido) (Grote, T. (1984). *La responsabilidad personal de terceros como aplicación de la culpa in contrahendo.* Bochum-Alemania: Dr. N. Brockmeyer, p. 153)

su magnitud en el anexo II, y es justamente cómo Bohrer (1980) considera que de la falsedad deriva la responsabilidad (p. 111), es decir, a partir del dolo nace la responsabilidad[245].

Bohrer también discute los deberes de divulgación y notificación relacionados con las tergiversaciones (pp. 122-123). De manera similar, Drexler (1998) señala la importancia de revelar hechos de "importancia esencial" para la decisión de la otra parte (pp. 10-11). Es en este punto donde es relevante mencionar el tema de la misrepresentation, que se analizará en detalle en el capítulo III de este trabajo. Sin embargo, en resumen, la misrepresentation en el common law consta de dos vertientes: una contractual y otra extracontractual. La vertiente contractual se deriva de la Sección 161 (b) del Segundo Restatement de Contratos[246] (que sostiene que una falsedad puede ser material y, por lo tanto, la parte demandante puede solicitar la rescisión y la restitución correspondiente). La otra vertiente (extracontractual) se deriva de la Sección 551(1) del Segundo Restatement de Torts[247] (que esencialmente establece que en caso de una tergiversación fraudulenta, la parte demandante puede presentar una acción por daños).[248]

La figura de la CIC se adapta perfectamente a esta dicotomía dialéctica entre la naturaleza contractual y extracontractual de la misrepresentation, ya que puede adquirir ambas características dependiendo del objetivo perseguido por el demandante. Por lo general, la parte demandante busca una compensación por daños, lo que convierte al fraude en el elemento central de la CIC (dolo, engaño, mala fe). Sin embargo, en esta "integración" de la CIC, que se asemeja a la misrepresentation fraudulenta, el dolo acaba devorando a la culpa y hace que la acción sea más difícil de probar que una acción culposa al estilo del PE (tema que se abordará en el capítulo V de este trabajo).

Al incorporar el dolo como elemento central de la CIC, en aras de brindar una mayor protección a la parte demandante, esta figura se encuentra fuertemente vinculada al fraude, lo que

---

[246] Restatment (Segundo) de Contratos. (SRC), 1981. (EE.UU.)
[247] Second Restatement of Torts (SRT). Sección 551. 1965-1979. (EE.UU.)
[248] En el mismo sentido, puede consultarse el trabajo de Huang quien alude a dos tipos de tergiversaciones: "fahrlässiger Willensmangel" (falta de intención negligente) o "vorsätzlicher Willensmangel" (falta de intención intencional), quien analiza cómo los *arglistiges Verschweigen eines Fehlers* (arglistig significa "malicioso" o "fraudulento") es un caso particularmente grave de culpa in contrahendo, es decir "arglistig täuschen" (engañar maliciosamente) a la otra parte durante las negociaciones, lo que implica que las tergiversaciones son relevantes para la culpa in contrahendo. (Huang, M. (1974). *Alcance de la reclamación por daños y perjuicios por culpa en la contratación.* Tubingen-Alemania: Barbara v. Spangenberg KG Tubinga, pp. 124-134).

dificulta su prueba y la hace complicada. En consecuencia, esto puede resultar injusto para la parte demandante.

En lo que respecta a las dos primeras vertientes de la CIC (el deber de cuidado y el deber de informar), que se abordarán en detalle en el capítulo II de este trabajo, el elemento del dolo se encuentra regulado por el orden público o el ius imperium a través de sus leyes objetivas de responsabilidad[249]. Por ejemplo, en casos de accidentes o caídas, o en situaciones de responsabilidad por falta de información a un usuario o a alguien que solicita un préstamo hipotecario[250], el elemento del dolo se diluye y se absorbe en el marco del orden público[251].

Sin embargo, en la tercera vertiente de la CIC (el deber de negociar de buena fe), la jurisprudencia ha relacionado estas transgresiones de este deber precontractual con el deber de informar a la otra parte[252]. En este contexto, el tema del dolo ya no se ve desde la perspectiva del orden público, sino que queda expuesto al escrutinio privado. Aquí, el concepto de buena fe inevitablemente trae consigo la cuestión del engaño o el dolo.

Así, la figura de la CIC se centra principalmente en la prueba de un incumplimiento en la negociación de buena fe (ya que la buena fe se presume mientras que la mala fe debe ser probada). En este sistema de prueba, la CIC se aleja del esquema de responsabilidad objetiva, o al menos se aparta de la *diligencia in contrahendo*, y se acerca al concepto de *dolo in contrahendo*. Esto

---

[249] Haiduk hace un análisis interesante en la esfera laboral donde el empleador tergiversa u oculta información para inducir al empleado a celebrar un contrato (p. 29), vinculando esta misrepresentación a la violación de la buena fe (Haiduk, B. (1970). *La culpa in contrahendo en la relación de trabajo.* Wurzburg-Alemania: Dr. Gunther Kuchenhoff, pp. 1 y 70). En este sentido Kaufman también cree encontrar responsabilidad si el empleador no divulga información que es importante para la toma de decisiones del empleado, considerando una violación de los deberes precontractuales. (Kaumanns, H. (1966). *Responsabilidad por culpa in contrahendo en derecho laboral.* Colonia: Dr. T. Mayer-Maly, pp. 56-58). En la misma línea de pensamiento, Gurpinar analiza un caso en el que un empleado tergiversó sus calificaciones en un currículum, lo que violó una obligación de divulgación precontractual. (Gurpinar, D. (2006). *Responsabilidad jurídica derivada de no realizar consejos, consejos o información incorrectos anticontractuales.* Esmir-Turkia: Gursel Sengun, pp. 45-46).

[250] Henke tiene un análisis de la CIC aplicado al mercado de capitales donde la información es vital para tomar decisiones de la bolsa de valores y la llama "Prospekthaftung" o "responsabilidad del prospecto". Esta responsabilidad surge de información falsa, incompleta o engañosa en los prospectos de inversiones de capital. (Henke, A. (1997). *Responsabilidad del administrador.* Frankfort: Peter Lang, pp. 23-24). En el mismo sentido, Steininger analiza cómo la culpa in contrahendo puede surgir de no revelar dificultades económicas o de hacer declaraciones engañosas sobre la situación financiera de una empresa. (Steininger, U. (1986). *La Responsabilidad del director general y/o el Socio director de Culpa in Contrahendo en Caso de Dificultades Económicas para la Empresa*. Frankfort: Verlag Peter Lang, pp. 8, 12).

[251] Henke lo llama "incumplimientos culpables del deber de informar o divulgar"). Esto implica que las tergiversaciones están efectivamente vinculadas a la *culpa in contrahendo*. (Henke, A. (1997). *Responsabilidad del administrador*. Frankfort: Peter Lang, p. 12).

[252] Ya Lliemann menciona varios casos en los que una parte engaña u oculta información a la otra para obtener una ventaja en un contrato (Lliemann, R. (1932). *Culpa en la celebración del contrato (culpa in contrahendo).* Leipzig: Sad y Montanus. pp. 8-9). Por su lado, Mielke enfatiza en la necesidad de que las partes revelen información entre sí para poder tomar decisiones informadas. (Mielke, K. (1963). *Los requisitos de la responsabilidad del representante legalmente designado por culpa in contrahendo.* Dusseldorf: Rudolf Stehle, pp. 26-27).

conlleva la injusticia de imponer una carga probatoria intrínsecamente difícil y gravosa para la parte demandante.[253]

De esta manera, la Ruptura "injustificada" de negociaciones preliminares (RINP) - como hemos mencionado - se convierte en una ruptura “maliciosa de negociaciones preliminares (RMNP)”, donde el deber de informar desempeña un papel crucial[254], ya que la ocultación de información[255] o la divulgación[256] de información falsa[257] con malas intenciones constituyen el núcleo de la figura de la RMNP[258].

De esta forma, la buena fe, se convierte (junto al dolo) en el elemento que utiliza el orden público para controlar contratos indeseados[259] o para tratar de llenar vacíos legales a través de la figura del engaño o del fraude[260].

Sin embargo, al intentar regresar a los orígenes de la teoría de la CIC (diligencia en contrahendo) de Ihering (1861) y volver a incorporar la diligencia como figura central de la CIC, se encuentra con la realidad de que el dolo ha dominado el debate. Como resultado, la diligencia

[253] En el mismo sentido, Keller considera que el principio de “Treu und Gluaben” (buena fe) no es un elemento clave sino más bien los “tatsichlichen Umstinde” o circunstancias fácticas a las que el ordenamiento jurídico asigna un significado jurídico específico, (Keller, R. (1997). *Obligaciones precontractuales en derecho administrativo. Al mismo tiempo un aporte a la teoría de las relaciones jurídicas.* Berlin: Duncker y Humblot, p. 54).

[254] Grote menciona la “Fehlinformation” (desinformación) como una forma en que una parte puede violar el deber de buena fe en las negociaciones precontractuales, y analiza el concepto de: “Schutzpflichtverletzungen” (violaciones de deberes protectores) que implican tergiversaciones. (Grote, T. (1984). *La responsabilidad personal de terceros como aplicación de la culpa in contrahendo.* Bochum-Alemania: Dr. N. Brockmeyer, pp. 95, 102 y 105).

[255] Liemann cree que la culpa in contrahendo surge de tergiversaciones, como cuando un vendedor no revela información sobre un producto o cuando una parte hace declaraciones falsas durante las negociaciones contractuales. (Lliemann, R. (1932). *Culpa en la celebración del contrato (culpa in contrahendo).* Leipzig: Sad y Montanus, pp. 8-9)

[256] Paez-Maletz tiene un interesante trabajo sobre este tema y vincula la CIC con una falta de divulgación de información (Paez-Maletz, P. (1992). *La protección de la confianza en la celebración de contratos en el derecho estadounidense. Una comparación con la responsabilidad por romper las negociaciones del contrato en Alemania.* Colonia: Lameli, pp. 246-248).

[257] Nickel considera que la CIC puede surgir de una “información falsa o nula” proporcionada a la parte perjudicada antes de la celebración del contrato. Esto sugiere que las tergiversaciones pueden estar vinculadas a culpa in contrahendo, (Nickel, C. (2004). *Las consecuencias jurídicas de la culpa in contrahendo*. Berlin: Duncker y Humblot, p. 44).

[258] Para Drexler la responsabilidad por CIC está relacionada con el deber precontractual del vendedor de actuar con cuidado y veracidad. (Drexler, V. (1998). *La relación de la culpa in contrahendo a la garantía por defectos materiales, especialmente teniendo en cuenta la situación jurídica al comprar una empresa.* Colonia-Alemania, p. 109). Ehinger más recientemente se ha referida a la “Falschinformation” (información errónea) y la celebración del contrato son los puntos de partida para la reclamación de daños y perjuicios. (Ehinger, J. (2014). *Responsabilidad civil por conocimientos artísticos y confirmación de inclusión en el catálogo razonado. Una contribución a la responsabilidad del experto.* Frankfort: Peter Lang, p. 183).

[259] Keller menciona la necesidad de controlar los “contratos objetivamente indeseables.” (Keller, R. (1997). *Obligaciones precontractuales en derecho administrativo. Al mismo tiempo un aporte a la teoría de las relaciones jurídicas.* Berlin: Duncker y Humblot, p. 57).

[260] Liemann cree que “Treu und Glauben” (buena fe) es la base para llenar los vacíos legales con el fin de establecer la responsabilidad por culpa en contrahendo (Lliemann, R. (1932). *Culpa en la celebración del contrato (culpa in contrahendo).* Leipzig: Sad y Montanus, p. 13).

compite con el dolo para que la culpa o la negligencia se deriven de la diligencia, lo que teóricamente podría relegar la buena fe a un segundo plano.[261]

De esta manera, la buena fe (o más precisamente, el dolo) se convierte en un poderoso instrumento de control social[262] a través del sistema jurídico[263]. No tenemos objeciones en cuanto a las dos primeras vertientes de la CIC (deber de cuidado y deber de informar), ya que en ambos sistemas (*civil law* y *common law*) la equiparación en cuanto a la defensa del consumidor ha reducido las diferencias[264]. El problema surge en el tercer aspecto, que es el deber de negociar de buena fe, ya que implica la obligación de negociar sin dolo o fraude[265] (ya que en la práctica se presume la buena fe y se debe probar la mala fe[266] o el dolo)[267].

Por lo tanto, la parte demandante debe basar su demanda en el estado mental de la parte infractora para demostrar su mala intención y, en consecuencia, su incumplimiento de un deber de negociar de buena fe. Como hemos observado, no sólo la carga de la prueba es más complicada, sino que, en la práctica, la CIC se asemeja más a la figura de la misrepresentation que a la PE.

---

[261] Liemann menciona que la CIC requiere dolo o negligencia, lo que implica que la buena fe no es el elemento clave (Lliemann, R. (1932). *Culpa en la celebración del contrato (culpa in contrahendo).* Leipzig: Sad y Montanus, p. 24). En el mismo sentido, Mielke cree que la Buena no es el único motor de la CIC, por mucha raigambre que tenga (Mielke, K. (1963). *Los requisitos de la responsabilidad del representante legalmente designado por culpa in contrahendo.* Dusseldorf: Rudolf Stehle, p. 34).

[262] Grote cree que la doctrina utiliza el concepto de buena fe a menudo como un "instrumento multiuso" para lograr casi cualquier resultado sin adherirse a los valores y el sistema de la ley. Esto sugiere que la buena fe puede no ser el elemento clave que todos creen (Grote, T. (1984). *La responsabilidad personal de terceros como aplicación de la culpa in contrahendo.* Bochum-Alemania: Dr. N. Brockmeyer, pp. 6-7). Por su parte, Loges la CIC es una "institución jurídica elástica" que está "sobrecargada" cuando se trata de casos en los que se considera responsables a personas debido a una "medida de fomento de la confianza" (Loges, R. (1991). *La justificación de las nuevas obligaciones de declaración y la idea de protección de la confianza legitima.* Berlin: Duncker y Humblot, p. 25).

[263] Schmitz considera que el "Rechtsgrund der Haftung aus culpa in contrahendo" es el "Interesse der Allgemeinheit wie des Einzelnen an einem funktionierenden Rechtsverkehr" (traducido: la base legal para la responsabilidad por culpa in contrahendo es el interés de la comunidad, así como el del individuo en un tráfico legal que funcione). Esto sugiere que el elemento clave no es la buena fe, sino el buen funcionamiento del tráfico legal (Schmitz, E. (1980*). Responsabilidad de terceros en caso en la contratación.* Berlin: Duncker y Humblot, p. 58).

[264] Por su parte Simonsen considera la "lealtad" y las "buenas prácticas comerciales" en la fase de contratación, y menciona que la doctrina se basa en una "lojalitetsplikt" u "obligación de lealtad" en noruego (Simonsen (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, pp. 37-68).

[265] Meliger analiza el concepto de "bona fides" (buena fe) y sostiene que no es un principio útil para comprender el derecho contractual. Sostiene que el principio de "buena fe" es demasiado general y no distingue entre diferentes tipos de instituciones jurídicas, también analiza las opiniones de varios juristas, incluidos Thöl, Goldschmidt, Bechmann y Bekker, y se opone al uso de la "buena fe" como base del derecho contractual y, en cambio, aboga por el "Veranlassungprinzip" (principio de causalidad) (Meliger, E. (1898). *Culpa en contrahendo o daños y perjuicios por contratos nulos después Código Común y Suizo de Obligaciones así como el código civil alemán.* Zurich: Zurcher y Furrer, p. 134).

[266] Simonsen cree que la "lealtad" y la "justicia" son importantes en las negociaciones precontractuales y que "la mala fe consistiría en cualquier comportamiento que engañe la confianza de la otra parte" (Simonsen, L. (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, p. 167-174).

[267] Por ejemplo, Schmitz (1996) se refiere a la buena fe en las negociaciones de manera excluyente, es decir el deber de no actuar de mala fe hacia la otra parte durante las negociaciones (Schmitz, M. (1996). *ONU falsificación y culpa en contrahendo.* Frankfort: Peter Lang, pp. 30-33).

Avanzamos que en el capítulo III analizaremos casos de RINP desde la perspectiva del common law, y en el anexo III los casos del PE desde la perspectiva de la RINP. Sin embargo, como el lector puede anticipar, la comparación no es favorable, ya que la PE no se enfoca en la intención, sino que se rige por un sistema más objetivo, lo que la hace más eficiente que la CIC.

Por lo tanto, como veremos en los futuros capítulos, hay una disyuntiva con respecto a la CIC. O bien la CIC queda subsumida en el *dolo in contrahendo* (donde el dolo termina por prevalecer sobre la culpa mediante la incorporación de la buena fe)[268], o se adopta un modelo mixto similar al de la misrepresentation del *common law,* donde la rescisión es el remedio para una misrepresentation no intencional[269], mientras que el sistema extracontractual requiere la prueba del fraude para reclamar daños[270].

Como respuesta a esta disyuntiva algo antitética y contradictoria (contradictoria porque la violación a la buena fe no puede ser culposa), la casuística se ha resuelto por vincular el tema de la CIC a la responsabilidad extracontractual donde la mala fe debe probarse, coronando el reinado de la buena fe sobre la diligencia.[271]

Por ello es que Steinberg (1986) menciona que el vendedor sólo es responsable de los daños y perjuicios si "maliciosamente" (arglistig) ocultó un defecto (pp. 16, 100), y vincula estos artilugios al tema de las tergiversaciones fraudulentas (o misrepresentation) analizando la posibilidad de responsabilidad por "arglistige Täuschungen" (tergiversaciones fraudulentas) en el contexto de negociaciones contractuales, lo que implica que existe un vínculo (págs. 96-97).[272]

---

[268] Schaumburg piensa que la CIC es la concretización de la buena fe durante las negociaciones contractuales (Schaumburg, H. (1974). *Garantía por defectos materiales y culpa precontractual. §463 BGB y culpa in contrahendo*. Colonia: Peter Hanstein Verlag, pp. 30-31).

[269] Simonsen cree que el derecho inglés no acepta la doctrina de culpa in contrahendo, y que la buena fe no es un principio general en el derecho contractual inglés (Simonsen, L. (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, p. 141); sin embargo, en el *common law* americano, la situación es diferente, así como lo veremos en el capítulo III de este trabajo.

[270] Por su parte Nickel cree que el concepto de CIC puede invocarse en casos de "fahrlässiger Irreführung" (tergiversación negligente) y "vorsätzlichen Verhaltens" (comportamiento intencional) (Nickel, C. (2004). *Las consecuencias jurídicas de la culpa in contrahendo*. Berlin: Duncker y Humblot, pp. 192-193).

[271] Schaumburg menciona que la doctrina de la CIC fue desarrollada como una "concretización del principio de buena fe" inherente al pensamiento jurídico (Schaumburg, H. (1974). *Garantía por defectos materiales y culpa precontractual. §463 BGB y culpa in contrahendo*. Colonia: Peter Hanstein Verlag, p. 67).

[272] Steininger considera que una empresa puede ser responsable de CIC debido a "underlassener Aufklärung oder irreführender Angaben" (aclaración omitida o información engañosa) (Steininger, U. (1986). *La Responsabilidad del director general y/o el Socio Director de Culpa in Contrahendo en Caso de Dificultades Económicas para la Empresa*. Frankfort: Verlag Peter Lang, pp. 112, 114).

Ahora bien, tal como lo veremos en el capítulo II de este trabajo, las dos primeras vertientes de la CIC (deber de cuidado y deber de informar[273]) no son sino réplicas del sistema del Digesto. El deber de cuidado y la estructura extracontractual, por ejemplo, ocupa sin ningún problema el tema de accidentes de construcción o accidentes automovilísticos[274], caídas u otras situaciones no contractuales que nacen a consecuencia de la negligencia de una parte. No hay ninguna necesidad de recurrir a la CIC y crear un entorno contractual para que actúe un sistema objetivo de responsabilidad extracontractual (nos estamos refiriendo por ejemplo al caso del linóleo o Linoleonfall (Sentencia VI 240/1911)[275].

Asimismo, la segunda vertiente de la CIC referida a la obligación de informar, como lo veremos en el capítulo II, tal obligación nace desde el Digesto con toda claridad y contundencia. Las citas del Digesto pertinentes a esta obligación son reproducidas en el capítulo II. De modo que tampoco existía ninguna necesidad de recurrir a la buena fe como motor de la CIC para proteger al consumidor, sino que ya la naturaleza de las normas impelía a una obligación de informar. Es decir, la obligación de informar[276] venía impelida por el propio Digesto sin necesidad de recurrir a la buena fe como motor de la CIC. Por ejemplo, en el *common law*, dicha obligación de informar existe sin necesidad de recurrir a la buena fe.

De modo que las dos primeras vertientes de la CIC resultan innecesarias dogmáticamente hablando[277]. De otra parte, en cuanto a la tercera vertiente de la CIC: la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (que en sí es una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares "RMNP") tiene su partida de nacimiento en el derecho italiano (así como lo veremos en el capítulo II donde el articulo 1337[278] CC italiano incluye el deber de negociar de buena fe.

---

[273] Simonsen menciona la culpa in contrahendo en el contexto del deber de revelar información (Simonsen, L. (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, p. 62)

[274] Schmitz analiza los "Schutz und Verkehrspflichten" (deberes de protección y tránsito) y que se utiliza para proteger contra la conclusión de contratos desventajosos (Schmitz, M. (1996). *ONU falsificación y culpa en contrahendo.* Frankfort: Peter Lang, pp. 58-62).

[275] Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

[276] Para Reder una de las categorías generales de culpa in contrahendo es "Aufklärungspflichtverletzungen bei Zustandekommen eines nicht erwartungsgerechten Vertrages", que se traduce como "violaciones del deber de informar" cuando un contrato no es como se esperaba. Esto implica que la culpa in contrahendo está vinculada a tergiversaciones (Reder, W. (1989). *La responsabilidad personal de terceros no contractuales en el derecho internacional privado.* Constanza-Alemania: Hartung Gorre, pp. 20-21).

[277] Kohls ha puesto énfasis en la perenne ambigüedad de la culpa in contrahendo (Kohls, R. (1990). *La responsabilidad de información precontractual según la ley de Alemania, EE.UU. e Inglaterra utilizando el ejemplo del banco líder de un sindicato de crédito.* Goettingen-Alemania: WiRe, p. 39).

[278] Código Civil italiano [CCI], art. 1337, 16 de marzo 1942 (Italia): que decía: "las partes, en la conducción de las negociaciones y la formación del contrato, se comportarán de buena fe."

Como hemos examinado hasta ahora, y como profundizaremos en el capítulo II, la Ruptura Maliciosa de Negociaciones Preliminares (RMNP) equivale efectivamente al dolo in contrahendo. En la casuística práctica, como lo evidenciaremos en los casos de los Tribunales de Casación en España, Francia, Italia y el Tribunal Federal Alemán (en el anexo III), esta vertiente de la CIC se interpreta como un *dolo in contrahendo*, y en muchas ocasiones, el deber de informar se entrelaza y se vincula con la RMNP[279], lo que convierte al *dolo in contrahendo* en una figura bastante equiparable a la misrepresentation.[280]

De ahí que la CIC, ya sea bajo la forma de dolo in contrahendo o RMNP, fortalece la supremacía del dolo[281] sobre la diligencia[282]. En contraposición, no es adecuado compararla con el *promissory estoppel* (PE), que surge como una solución a las limitaciones de la consideración en el contexto contractual. El PE es una figura más estructurada y eficaz, dado que no está sujeta a disputas sobre si es de naturaleza contractual o extracontractual, y es más justa, ya que no exige que el demandante demuestre la existencia de dolo para hacer valer sus reclamaciones, ya que se basa en circunstancias objetivas en lugar del estado mental[283] del demandado.

Por otro lado, al avanzar en el estudio de los casos de la RINP (Ruptura maliciosa de negociaciones preliminares) que se puede considerar como "dolo in contrahendo" en las jurisdicciones de Italia, Alemania, España y Francia (que se aborda en el Anexo III), podríamos resumir de manera concisa cómo los tribunales superiores de estos países (la Corte de Casación en

[279] Reder analiza cómo puede surgir culpa in contrahendo cuando un posible socio contractual hace declaraciones falsas durante las negociaciones (Reder, W. (1989). *La responsabilidad personal de terceros no contractuales en el derecho internacional privado.* Constanza-Alemania: Hartung Gorre, p. 106).

[280] En esta línea de pensamiento, Schmitz cree que la "Misrepresentation-Lehre" es una de las excepciones al principio de "caveat emptor" y puede verse como un "sustituto de la culpa in contrahendo," y menciona que la culpa in contrahendo puede surgir de "Täuschung" (que se traduce como "engaño") o de una falta de divulgación. Específicamente, analiza cómo una parte puede ser responsable de culpa in contrahendo si participa en "arglistige Täuschung" (engaño malicioso) o "widerrechtliche Drohung" (amenaza ilegal) (Schmitz, M. (1996). *ONU falsificación y culpa en contrahendo.* Frankfort: Peter Lang, pp. 98-110).

[281] Simonsen menciona que la "mala fe" genera responsabilidad para la parte que negocia de mala fe (Simonsen, L. (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo, p. 65)

[282] En este sentido se puede consultar el trabajo de Schmitz menciona la importancia de "treu und glauben" (traducido como "buena fe") en las negociaciones contractuales, para evitar conductas fraudulentas (Schmitz, M. (1996). *ONU falsificación y culpa en contrahendo.* Frankfort: Peter Lang, pp. 155-156).

[283] Meliger criticó a Ihering, en especial su principio de "sin culpa no hay reclamación por daños" y sostiene que es lógicamente inconsistente, considera que al comprador no le preocupa si el error del vendedor fue intencional o no, y que la declaración de Ulpiano respalda esto. Cree además que la interpretación que hace Ihering la "culpa" es lógicamente errónea (Meliger, E. (1898). *Culpa en contrahendo o daños y perjuicios por contratos nulos después Código Común y Suizo de Obligaciones así como el código civil alemán.* Zurich: Zurcher y Furrer, pp. 134, 139).

Italia, España y Francia, o la Corte Federal en Alemania) abordan el tema de la CIC (culpa in contrahendo) y cómo la mala fe o el dolo influye en la conceptualización de la CIC.

Así, a pesar de la firme oposición de Ihering (1861, pp. 30-37) a la inclusión de la buena fe como motor de la CIC, ya que él propuso la diligencia como el pilar fundamental de su teoría, las teorías posteriores incorporaron la buena fe y desplazaron a la diligencia del rol protagónico que histórica y doctrinalmente estaba destinada a desempeñar. Como resultado de esto, los más altos tribunales en Italia, Alemania, Francia y España han interpretado que la buena fe se presume, y que la mala fe (es decir, el dolo) debe ser probada, lo que hace que la figura de la CIC se asemeje a la misrepresentation.

4. Figuras Similares a la CIC

4.1. La Doctrina de los Actos Propios (DAP)

A). Definición de la Doctrina de los Actos Propios (DAP)

La Doctrina de los Actos Propios (DAP)[284] es una teoría que parte del postulado de que ninguna persona puede ir contra sus propios actos o sus propias declaraciones anteriores, so pena de que se declare su posterior acto o declaración incongruente y por lo tanto nula.

Para definir esta importante figura, Diez Picazo (2014), uno de los pioneros, opinó al respecto:

> Quien con su comportamiento crea en otro la confianza fundada y razonable de que un derecho subjetivo, una facultad, una pretensión o un medio de defensa no será ejercitado en el futuro o sólo lo será un determinado sentido, no puede después llevar a cabo actos de ejercicio que contradigan aquel sentido objetivo de su conducta, si el destinatario de la misma hubiera, en el ínterin, modificado en atención a ello su propia situación jurídica. (p. 80)

Esta definición del DAP nos parece muy próxima a la definición del PE en el campo contractual. Veamos por partes: Quien con su comportamiento crea en otro la confianza fundada ("detrimental reliance") y razonable de que un derecho subjetivo, una facultad, una pretensión o un medio de defensa no será ejercitado en el futuro o sólo lo será un determinado sentido, no puede ("estoppel") después llevar a cabo actos de ejercicio que contradigan aquel sentido objetivo de su

[284] Indistintamente "el DAP" o "la DAP" se refieren al mismo concepto.

conducta, si el destinatario de la misma hubiera, en el ínterin, modificado ("substantial change of positions") en atención a ello ("reliance") su propia situación jurídica.

Paso seguido, Diez Picazo (2014) pasa a delimitar los presupuestos de la DAP:

> 1). "Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante, eficaz y vinculante. De ahí que si esta viciada (p. ej: por error), pueda el autor atacarla válidamente.
>
> 2) Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.
>
> 3) Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una **incompatibilidad o contradicción, según el sentido que de buena fe** hubiera de atribuirse a la conducta anterior.
>
> 4) Que entre la conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos." (pp. 80-81).

B).- Buena Fe como fundamento de la DAP

La doctrina se asienta en el principio de la buena fe. De lo que se trata es que "el juez… debe impedir que un pícaro saque beneficio de su malicia o descaro." (López Mesa, 2013, p. 178.)

López Mesa (2013) cree que:

> La buena fe es la llave de corte que permite evitar la malicia en ciertos casos de ejercicio disfuncional de derechos o de maquinaciones tendientes a provocar daños a través del uso desviado de resortes legales, inicialmente legítimos. Es decir que constituye un freno a las posibilidades de ejercer los derechos, un valladar que no se puede traspasar en algunos casos o un sendero sin retorno, cuando se han creado expectativas en terceros, o se ha configurado una apariencia de que se actuara de tal o cual manera en el futuro." (p. 123).

Y ante qué principios nos estamos refiriendo. Por ejemplo, al principio de la buena fe. "…La buena fe no equivale a displicencia ni a confianza excesiva, ni a ignorancia supina. La buena fe supone la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, pero no es un principio dogmático ni producto de una creencia intuitiva, pues la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe estar difundida en elemento exteriores que le proporcionen la información suficiente para creer… la buena fe es un principio general del derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta…(López Mesa, 2013, p. 117) el principio

general de la buena fe siempre exige una actuación honesta, bienintencionada, pero esta obligación se desdobla en la obligación de información a la contraparte sobre aspectos esenciales del negocio a celebrar, la obligación de no actuar en forma reticente… en la obligación de no contravenir con hechos las declaraciones…(p. 199) En otras palabras, la buena fe consiste en un actuar honesto que no se contradiga con los actos propios anteriores ni con dichos propios anteriores.[285]

El artículo 7.1 del Código Civil Español, estipula: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe."[286] Este artículo "es una norma que en su profundo sentido obliga la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena."[287]

Entonces, la teoría de los actos propios está sustentada en el principio jurídico de la buena fe, donde el derecho, la moral y el sentido común resultan entrelazados. "Para dicha armonización entre derecho y moral, la doctrina de los actos propios, bien empleada y dentro de sus cauces correctos, presenta una funcionalidad excelsa." (López Mesa, 2013, p. 124.)

La buena fe consiste en la generación de confianza en las declaraciones propias, en la palabra empeñada, en la conducta propia. Su uso por las personas y su aplicación -como principio general

[285] Estamos hablando de principios que van más allá del postulado normativo. El mito del legislador perfecto es solamente un mito, la norma no lo es el todo. Las corrientes de la exégesis (que fue la de estudiar y explicar solamente la norma) hicieron que la norma sea elevada a la categoría de una torre de cristal o torre de marfil. Esto es un error, la norma es producto humano, un producto cultural, y como tal está sujeto a errores, porque la norma es tan humana como el hombre y por lo tanto sujeto a errores. Estimar que la norma es perfecta, es pues un mito del racionalismo exégeta de la corriente racionalista del siglo XVIII. López Mesa (2013) diría: "Un exégeta que se precie de tal estaría parado en el cielo de los conceptos y cualquier mención de la realidad, en medio de un silogismo, le parecería herética. Los exégetas priorizaban la pureza del razonamiento silogístico y propugnaban que el juez debía llevar la de la ley a sus últimas consecuencias; en línea con ello sostenían que, si por la injusticia de la solución legal, alguna mancha podía caer sobre alguien, n sería sobre el juez sino sobre el legislador" (López Mesa, M. (2013). *La Doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de If., p. 16)
"Es pues no solamente el mito del legislador perfecto, sino de una realidad inmutable la que la exégesis pretendía cultivar. La interpretación subjetiva de la ley, la que propugna indagar la voluntad del legislador, puede ser útil, pero presenta inconvenientes porque el estudio se limita a indagar la voluntad del legislador en un espacio-tiempo diferente al actual. La interpretación subjetiva genera, lo que algunos autores han llamado "la tiranía de los muertos sobre los vivos" (López Mesa, 2013, p. 25).
"La realidad es relativa es fluyente. El conocimiento es absoluto, pero referido a un espacio-tiempo determinando solamente. Cuando la realidad cambia, el conocimiento cambia con él. Pero el problema de un juez pantextualista es tratar de resolver conflictos que una nueva realidad le brinda con leyes que son humanas y limitadas. La tarea de un juez moderno es entender que la ley no puede ser planteada a rajatabla, sino interpretada en base a la realidad que se le plantea inspirado en los principios generales del derecho. "Este consejo, además, se compadece con un texto legal vigente en España (art. 1.4 del Código Civil), que establece que: "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico." (López Mesa, 2013, p. 107.)
[286] Código Civil español [CCE], aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).
[287] Código Civil español [CCE], aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

del derecho- necesita de un juez creativo de cara a un nuevo derecho constructivista, como lo dijimos anteriormente.[288]

C). Historia de la DAP

El origen de la DAP re remonta a una glosa del Corpus Juris Civilis, de un texto de Ulpiano del Digesto (25-parr (1, 7)), que a la letra dice:

> "Post mortem filiae suae, quae ut mater familias quasi iure emancipata vixerat et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur."
>
> (Después de la muerte de su hija, que vivía como su propia amante por haberse emancipado legalmente, y que murió después de nombrar herederos por su testamento, el padre tiene prohibido entablar acción contra su propio acto, alegando que la emancipación fue no hecha legalmente, o en presencia de testigos).[289]

Lo que expresa la cita es que un padre no puede empezar una pretensión contra su hija emancipada que dejó un testamento a sus herederos. En este caso, el padre no puede alegar que no existió una emancipación eficaz a efectos de anular la emancipación y en consecuencia anular el testamento.

El otro texto que sirve como origen de la DAP lo encontramos en otro texto de Celso, en el fragmento (11-parr (8, 3))[290], que dice:

> Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. ergo suptili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse.[291]

---

[288] Y hay un detalle interesante de la buena fe de cara a la doctrina de los actos propios, y es que "la fuerza vinculante de la promesa de contenido obligacional se funda en la regla moral que impone hacer honor a la fe empeñada y en la expectativa de confianza que aquélla razonablemente genera en su destinatario." (López Mesa, 2013, p. 124). Vemos cómo la buena fe opera en un mundo transaccional, en el que la palabra empeñada, en la promesa, genera expectativas en un tercero. Con ello tenemos la intersección de la buena con la teoría de los actos propios, pero si añadimos que esa promesa que genera una expectativa en un tercero, va acompañada de un cambio de posición (en desmedro propio) de ese tercero motivado por esa promesa, entonces estaremos frente a la teoría del *promissory estoppel.*

[289] Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm.

[290] 11. Celso, Compendio, Libro XXVII.

Cuando el derecho de paso o conducción por tierra pertenezca a varias personas, cada una de ellas me lo podrá conceder por separado. Por lo tanto, en rigor, el derecho no pasará a ser mío a menos que todos me lo concedan; y cuando se haga la última concesión entrarán en vigor todas las anteriores. La interpretación más favorable, sin embargo, es que antes de que la última parte haga la concesión, los que lo han hecho previamente no pueden impedirme usar el derecho ya concedido

[291] Justiniano. Digesta seu Pandectae. Traducido por S.P. Scott. The Latin Library, http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml. Accedido el 30 de abril de 2023.

Lo que dice el jurisconsulto es que, si una persona solicita el derecho de paso por un terreno que pertenece a distintas personas, y si varias personas otorgan ese derecho de paso al solicitante, el hecho de que todas las personas tengan que brindar su asentimiento es solamente una sutileza porque las otras partes que ya hayan proporcionado su asentimiento, no pueden retractarse e impedir que el solicitante haga uso del terreno de los otros.

Entonces Diez Picazo (2014) sabiamente sentencia que el Derecho Romano no llega a elaborar totalmente una teoría de la DAP, pero al menos tiene los elementos de dicha teoría (p. 106)[292].

4.2. Contratos Preliminares

El contrato preliminar es un contrato previo cuyo destino es el contrato posterior y definitivo[293]. En palabras de Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014): "El contrato preliminar es definido como aquel en virtud del cual las partes se obligan a celebrar un contrato distinto y posterior, llamado definitivo, cuyo contenido es determinado por el preliminar" (p. 175).

En cuanto a los contratos preliminares existe bastante literatura, sobre todo italiana que ha abordado este tema con profundidad. El contrato preliminar ha sido catalogado como un contrato en sí[294], aunque ligado con el contrato definitivo por un tronco común.[295]

Para Cosco (2018), el acuerdo preliminar no es un contrato típico sino una combinación de diferentes contratos (p. 8) y que es necesario tener en cuenta la intención de las partes para determinar el tratamiento legal de determinadas situaciones preliminares que puedan generar confusión, como el casos de los contratos de renta-compra que es un acuerdo preliminar de ejecución temprana donde la posesión del objeto rentado debería considerarse como propiedad,

[292] Por su parte Faggella creía que en el derecho romano los juristas no daban mucha importancia al período preparatorio. Sin embargo, sostiene que no es útil suponer que todas las negociaciones romanas se llevaron a cabo sin ningún trabajo preparatorio (Faggella, G. (1918). *Periodi precontractuali e la responsabilidad precontractual.* Roma: Appia Nuova, pp. 8-9, 45).
[293] Montesano piensa que el contrato preliminar no es superfluo porque establece los requisitos esenciales de un contrato definitivo (Montesano, L. (1953). *Acuerdo preliminar y sentencia constitutiva*. Napoles: Dr. Eugenio Jovene, pp. 8 y ss).
[294] Sin embargo, Ferro piensa que el contrato preliminar no es un contrato ni siquiera una negociación, sino un acto que forma parte de la fase precontractual, y analiza la posibilidad de categorizar el contrato preliminar como una "convención" en lugar de un contrato (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, pp. 3, 66).
[295] Cfr. Alabiso, A. (1966). *El contrato preliminar*. Milan: Dr. A. Giuffre, pp. 11-12).

pudiendo adquirirse por usucapión (p. 36), siendo preferible asumir la situación como posesión en vez de entrega (*delivery*) (p. 51).[296]

Ahora bien, en los contratos preliminares existe la posibilidad de que una de las partes se rehúse a cumplir el contrato definitivo cuando tenga temores fundados de que la otra parte tiene problemas financieros que le impedirían el cumplimiento de su obligación. Para De Rada (2010) una parte puede suspender la ejecución de su obligación ante el deterioro de las condiciones económicas de su contraparte (p. 391), en cuyo caso tiene derecho a rehusar a proceder a ejecutar el contrato final (p. 391).[297] Ahora bien, pueden existir discrepancias entre lo prometido en el contrato preliminar y lo entregado en el contrato definitivo, situación que genera la posibilidad de una resolución (De Rada, 2010, p. 393).[298]

4.3. El Abuso del Derecho

Esta teoría propone que las partes tienen el derecho a contratar y de no contratar, pero que cuando se crean expectativas en la otra parte, la parte promitente estaría abusando de su derecho a no contratar.[299]

Por su parte, Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) piensan que la ruptura injustificada de negociaciones preliminares constituye un abuso del derecho de no contratar, y lo expresan en el siguiente sentido: "Se sostiene que el fundamento de esta responsabilidad está dado por un comportamiento abusivo de la libertad de contratar. El fundamento de la responsabilidad en el periodo de las tratativas anteriores a la celebración del contrato radica en un comportamiento abusivo de la libertad de no contratar, especie del género abuso del derecho" (p. 125).

---

[296] Para Ferro (1999) el acuerdo preliminar no es un proceso separado, sino parte del proceso de formación del contrato (p. 105). Sostiene que el cumplimiento del acuerdo preliminar es un deber moral, y que puede verse como una obligación natural. Luego analiza el dilema de la relación entre los acuerdos preliminares y finales, y sostiene que el acuerdo final es a la vez un contrato y el cumplimiento de una obligación (p. 133).

[297] Para Ferro hay gastos entre gastos "lógicos" e "ilógicos" incurridos durante el período precontractual. Sostiene que los gastos que están lógicamente relacionados con el contrato final (por ejemplo, la compra de un barco) son reembolsables, mientras que los gastos que no están lógicamente relacionados (por ejemplo, el alquiler de un embarcadero) no lo son (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, p. 152).

[298] De Rada también analiza el problema de un contrato preliminar que puede ser nulo parcialmente (De Rada, D. (2010). *El contrato preliminar de derechos inmobiliarios*. Turin: G.Giappiachelli, p. 388). Por su parte, Gabrielle analiza las consecuencias de la nulidad de un contrato preliminar (Gabrielle, G. (1970). *El acuerdo preliminar*. Milan: Dr. A. Giuffre, pp. 6 y ss.) Por otra parte, Rascio hace un estudio sobre los contratos preliminares y concluye que las Cortes han negado viabilidad jurídica o ejecución a los contratos preliminares (Rascio, R. (1967). *El acuerdo preliminar*. Napoles: Dr. Editrice Jovene, p. 4); mientras que Sassy argumenta que es posible que un contrato preliminar conduzca a otro contrato preliminar en vez del contrato definitive (Sassy, C. (1971). *El acuerdo preliminar en doctrina y jurisprudencia*. Milán: Dr. A. Giuffre, p. 31).

[299] Cfr. Ordoqui Castilla, G. (2017). *Tratado de Derecho de los Contratos,* T. II, Vol. I. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales, p. 250.

4.4. Las Cartas de Intención (Letters of Intent)

En cuanto a las cartas de intención ("*letters of intent*" en su origen anglosajón) han sido definidas por de Ángel Yágüez (2010) como ciertos "documentos en los que las partes de la negociación trazan las líneas de la misma, o van plasmando los acuerdos a los que sucesivamente llegan, o definen el esquema del contrato por el que negocian. Son las llamadas «cartas de intenciones". (p. 589).

4.5. El Falsus Procurator

Para Cabanillas Sánchez (2015) esta figura consiste en la falsa representación de un poder o autorización para celebrar un acuerdo:

> La responsabilidad personal del *falsus procurator* constituye la sanción impuesta en el Ordenamiento jurídico a la actitud dolosa o negligente de éste, generadora de daños y perjuicios para el tercero de buena fe que contrató confiando en la eficacia del poder de representación. Por ello, la función de la aludida responsabilidad deberá conseguir que quede indemne el patrimonio del tercero mediante la reparación de los daños ocasionados. El resarcimiento deberá ser integral y puede alcanzar, o incluso superar, el equivalente al cumplimiento contractual. (p. 773).

Por su parte, Welser (1970) ha tratado con profundidad el tema del "falso procurador" y en su interpretación de la CIC podemos encontrar una equiparación con el dolo, el engaño y la tergiversación (misrepresentation o falsedad), especialmente cuando analiza la idea de "vorvertragliche Pflichten" (deberes precontractuales) y menciona que hay que "evitar engañar a la otra parte" para cumplir con estos deberes. (p. 66). También menciona la importancia del "Aufklärungspflichten" (deber de informar) y la prohibición de comportamientos engañosos en relación con aspectos esenciales del contrato (p. 67).

Asimismo, Welser (1970) cree que la CIC puede surgir de "schuldhafter Irreführung", que se traduce como "culpable deception/engañoso" en inglés, por lo que hay un vínculo entre la CIC y la misrepresentation (pp. 143-147). Finalmente, menciona que un representante es responsable de "arglistiges Vorgehen" (conducta maliciosa) o si ha engañado a un socio comercial al enfatizar la autorización de otra persona (p. 234).

Y Welser (1970) luego menciona que un representante es responsable si engaña a un tercero sobre la autorización de otros representantes (p. 236), o cuando analiza el tema de una

"afirmación engañosa" (irref ührende Behauptung), (p. 253); también se refiere a "Die Verpflichtung zur Vermeidung irreführender Angaben", que se traduce como "La obligación de evitar información engañosa". Esto implica que la culpa in contrahendo está vinculada a las misrepresentaciones (p. 260), con lo cual estaríamos hablando de Dolo in Contrahendo[300] (en lugar de culpa in contrahendo, o hasta de rupturas "maliciosas" [injustificadas] de negociaciones preliminares).

Por su parte, Jungst (1981) cree que no todos los casos de abuso del poder de representación son asumidos por la CIC (p. 46); sin embargo, Reder (1989) en concreto sostiene que el "falso procurador" es responsable de daños y perjuicios si, a sabiendas, tergiversó su autoridad para actuar en nombre de otra persona (p. 67).

5. Naturaleza Jurídica de la CIC

La única cosa clara sobre la Culpa In Contrahendo (CIC) es que no hay claridad en su definición legal. Es un concepto complicado y lleno de interpretaciones variadas, como si intentáramos ver algo a través de aguas turbias y espesas. Cada experto que intenta aportar su visión solo contribuye a hacer más confuso el panorama. La CIC, en esencia, se presenta como un enigma legal, difícil de descifrar y entender.

En este sentido Arenas García (2007) expresa:

> La labor de delimitación entre lo contractual y lo extracontractual en esta materia no ha llevado a resultados definitivos e indubitados. Seguramente sería difícil que así sucediera cuando en el Derecho material existe una importante indefinición acerca de la naturaleza de la figura y la regulación expresa existente es escasa (pp. 320-321)

La realidad es que no hay un consenso claro sobre qué es legalmente la Culpa In Contrahendo (CIC). Después de Ihering, teóricos como Windscheid, Leonhard, Siber y Larenz introdujeron el concepto de buena fe en la CIC, cambiando su enfoque original. Esto no solo le dio

[300] El romanista Heldrich menciona que "dolus in contrahendo" debe implicar "calliditas fallacia machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita" (un truco, un engaño, un dispositivo utilizado para eludir el engaño para engañar a otro) lo que parece implicar que se trata de un tipo de fraude; asimismo, el vendedor es responsable del "dolus malus" o mala fe, y que esta responsabilidad surge cuando el vendedor se ha extralimitado y ha cometido fraude, luego menciona que el "dolo", en el contexto de comportamiento fraudulento, se refiere a "machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita" (un plan para engañar o defraudar a alguien), implicando que dolo o mala fe es al menos muy similar a fraude, si no sinónimo (Heldrich, C. (1924). *La culpa en contrahendo en el derecho romano clásico y en desarrollo legales posteriores.* Leipzig: Theodor Weicher, pp. 3, 7, 11, 15).

más importancia al dolo, sino que también oscureció la intención de Ihering de basar su doctrina en la culpa (negligencia), y no en el dolo (engaño). En resumen, la incorporación de la buena fe alteró significativamente la naturaleza de la CIC, alejándola de sus raíces originales.

Esta evolución ha generado numerosas teorías sobre la naturaleza jurídica de la Culpa In Contrahendo (CIC). Cada país, a través de su doctrina jurídica, aporta intensamente al debate, que parece no tener fin, sobre qué define realmente a la CIC. Este debate interminable es impulsado precisamente por la dicotomía entre el dolo (engaño) y la culpa (negligencia), creando un campo de discusión complejo y diverso.

La confusión no se limita sólo a la teoría jurídica, sino que también se extiende al ámbito jurisprudencial. Este debate inacabable se presenta tanto en los casos internos de cada país como en comparaciones internacionales. A partir de esto, podemos deducir que actualmente es imposible llegar a una conclusión definitiva sobre este tema. Es muy probable que, en los próximos años, tanto en el plano doctrinal como en el jurisprudencial, este debate continúe siendo igual de interminable e inagotable.

Vamos a dedicar esfuerzo a examinar los aspectos claves de la divergencia entre quienes ven a la CIC como un elemento de naturaleza contractual y quienes la consideran extracontractual. Nuestro enfoque se centra en comparar la CIC con el derecho anglosajón, tanto en términos de misrepresentation como de promissory estoppel. A partir de nuestro estudio de diversas teorías, autores y jurisprudencias, que detallaremos en capítulos siguientes, podemos anticipar que la CIC se inclina más hacia una naturaleza extracontractual. Esto implica que se relaciona más con los agravios o la violación de deberes, ya sea el deber de informar, de cuidado o de actuar de buena fe.

Además, podemos adelantar que basándonos en nuestra perspectiva de que la CIC tiene un fundamento extracontractual, hemos llevado a cabo la comparación de la CIC con el misrepresentation en el capítulo III, y con el promissory estoppel en el apéndice III.

Entonces, antes de emprender este viaje doctrinal a través de las regiones del contractualismo y extracontractualismo, destacamos que existen otras teorías menos conocidas y que son intrascendentes para el debate. No obstante, no nos centraremos en ellas, tales como las

teorías autonomistas (tertium genus),[301] la teoría de la declaración unilateral como fuente de obligaciones, [302] o incluso las teorías negativistas.[303]

Otro aspecto crucial a considerar, y que examinaremos en detalle en el Capítulo II, (así como lo abordamos brevemente en secciones anteriores a través de las contribuciones de Windscheid, Leonhard, Siber y Larenz), es que la CIC se despliega en tres vertientes principales: el deber de cuidado, el deber de informar y el deber de negociar de buena fe. Este último también es conocido como la ruptura injustificada de negociaciones preliminares o ruptura "maliciosa".

Dado que la primera vertiente de la CIC, el deber de cuidado, actúa como un reflejo completo de la teoría extracontractual de los torts, y considerando que la segunda vertiente, el deber de informar, es prácticamente idéntica a la figura del misrepresentation en el common law (como exploraremos en el Capítulo III), nuestro enfoque en las próximas secciones se centrará en la tercera vertiente: el deber de negociar de buena fe o RINP (ruptura injustificada "maliciosa" de negociaciones preliminares). Es importante destacar que este RINP, como descendiente directo de la CIC, y su comparación con el misrepresentation y el promissory estoppel del common law, será el principal objeto de estudio en el siguiente apartado.

5.1. Crítica de la Responsabilidad Contractual y de la Responsabilidad Extracontractual

El debate sobre la naturaleza jurídica de la CIC (nos referimos a la tercera vertiente de la CIC: la RINP) versa en torno a dos vectores que definen la columna vertebral del Derecho Civil: la Responsabilidad Contractual y la Responsabilidad Extracontractual.

[301] Esta teoría trata de proponer una nueva naturaleza jurídica *sui generis* a la responsabilidad precontractual, más allá del debate *contractual v. extracontractual*, para proponer un tercer género. (Cfr. Ordoqui Castilla, G. (2017). *Tratado de Derecho de los Contratos*, T. II, Vol. I. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales, p. 250). Por su parte, Faus Pujol (2023) caracteriza a esta postura del *tertium genus* como: "También puede defenderse que, al lado de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, aparece un "tertium genus": la responsabilidad in contrahendo que no es contractual, pues no hay contrato, pero no es una responsabilidad ajena a un contrato, pues es la responsabilidad producida precisamente porque se estaba negociando un posible contrato." (p. 5)

[302] Esta teoría entiende que la declaración unilateral de voluntad es fuente de obligaciones sin necesidad de recurrir a la teoría de la culpa. (Cfr. Ordoqui Castilla, G. (2017). *Tratado de Derecho de los Contratos*, T. II, Vol. I. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales, p. 249).

[303] Esta teoría es minoritaria y propone aceptar las consecuencias negativas de una ruptura injustificada de negociaciones preliminares, al igual que un boxeador asume los riesgos que una pelea de box le puede acarrear (Cfr. Cfr. Ordoqui Castilla, G. (2017). *Tratado de Derecho de los Contratos*, T. II, Vol. I. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales, p. 251.)

Como lo hemos venido estudiando las diferentes posiciones de la doctrina en torno a estos dos vectores obedece a la diferencia en el tratamiento de la CIC. Mientras Ihering (1861) postulaba que la buena fe no era el motor de su teoría, sino que la negligencia, es decir, el quebrantamiento de la diligencia constituye el elemento culposo que fundamenta la imputación antijurídica al agresor (p. 30-37).

Entonces la doctrina que enfila su análisis en esta diligencia en contrahendo, enrumba sus postulados en este orden de ideas, es decir, de vincular su análisis en el sistema contractual.

En este sentido, De la Puente y Lavalle (2007) expresa contundentemente: "Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato no puede haber culpa in contrahendo" (p. 362), denotando un claro sentido contractual, resabio de la teoría clásica ya revisada en los apartados anteriores cuando estudiamos la obra de Ihering.[304]

Sin embargo, como también lo sostuvimos en el capítulo anterior, la doctrina que desprende su análisis del estudio de otros autores (Larenz, Windscheid, Leonhard) emprenden la tarea de desplazar la diligencia de Ihering y postular la buena fe como elemento motor de la CIC. Este sector de la doctrina piensa entonces que la CIC es extra contractual, porque existe una contravención al principio *neminem laedere* a partir de la violación de un deber de actuar de buena fe[305].

Por otra parte, Benatti (2021), pese a que no provee una respuesta definitiva con respecto a esta disyuntiva, parece sugerir que el carácter contractual de la CIC es más convincente, pese a

---

[304] En contraste con esta postura, Cartwright expresa: "De acuerdo con una opinión emergente en la redacción académica, el Tribunal Federal Suizo sostiene que la culpa in contrahendo no es ni contractual ni delictiva, sino una responsabilidad por virtud de la ley,151 una responsabilidad sui generis con sus propias reglas." (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, p. 57). En el mismo sentido Lundstedt no menciona específicamente la naturaleza de la CIC pero concluye en su carácter contractual debido a la asociación con el derecho de Suiza y Alemania (Lundstedt, V. (2014). *La jurisprudencia como ciencia*. Lima: Palestra Editores, p. 165). Siguiendo la misma línea de análisis, Moura sostiene que la Culpa in Contrahendo (CIC) es de naturaleza contractual en Alemania, mientras que en Francia se la considera de naturaleza extracontractual. En contraste, Moura opina que, en Suiza, la CIC no se ajusta a un marco puramente contractual, sino que posee una naturaleza híbrida. Esta perspectiva de naturaleza híbrida también es aplicable a los contextos de Italia y Portugal, según el análisis de Moura (Moura Vicente, D. (2009). La Formación De Los Contratos Internacionales. *Boletín Oficial del Estado, Núm. LXI-2*, pp. 241-252).

[305] Barrientos Zamora lleva a cabo un análisis de varios casos de la Corte Suprema de Chile en los que se identifica mala fe en conductas precontractuales. A pesar de que la doctrina tradicional continúa debatiendo acerca de la naturaleza jurídica de estas situaciones, parece inclinarse hacia una interpretación extracontractual. Este enfoque sugiere que dichas conductas, aunque surjan en el contexto de negociaciones precontractuales, son mejor entendidas y tratadas como parte del ámbito de la responsabilidad extracontractual, debido a su naturaleza y las implicaciones legales que conllevan. (Barrientos Zamorano, M (2012). Culpa in Contrahendo en Mutuo Hipotecario. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, No. 3, pp. 830-845). Por su parte, San Martin Neira también cree que la mayoría de los doctrinarios en Chile coinciden en catalogar a la doctrina de la CIC como extracontractual (San Martín Neira, L. (2013). Responsabilidad Precontractual Por Ruptura Injustificada De Negociaciones. *Revista Chilena de Derecho, vol. 40 Nº 1*, pp. 320-322).

que la situación todavía sigue siendo incierta en Italia (pp. 171-173).[306] Este debate de la naturaleza jurídica de la CIC, es decir, si es contractual o extracontractual es un debate interminable[307], como lo venimos apreciando.[308]

Por otra parte, Estevill (1995) ha criticado a ambos sistemas (contractual y extracontractual) por basarse en un sistema culpabilístico que se asienta en un principio moralizador que es la culpa, expresándolo de la siguiente manera:

> Y, siendo así las cosas, sin embargo, el artículo 1101 de nuestro Texto legal civil[309], la doctrina jurisprudencial y la científica, mayoritariamente, fundamentan la responsabilidad contractual en el elemento moral, invirtiendo, así, el orden de lo principal por lo accesorio, al admitir, por sus propios argumentos, la exoneración de una determinada responsabilidad en base a que el obligado haya esgrimido, y probado, que ha hecho lo que ha podido para poder pagar, por lo que no ha regateado esfuerzos, neutralizando así, el deudor, los elementos culpabilistas que pudieran tener quienes solo creen en la culpa o negligencia para actuar la responsabilidad, pues son los que un día clasificarán de 'síndicos de la quiebra de la culpa' a quienes perseguían que no quedara el daño solo frente al daño, y hoy ellos ocupan el puesto de 'interventores de la suspensión de pagos de la culpa', que ellos quisieron y quieren mantener a ultranza, con la sola finalidad de seguir moralizando conductas, en vez de procurar por la indemnización y reparación de los perjuicios que se causan, tanto por la contravención de una obligación previamente establecida como por la infracción de un más general deber de respeto y prudencia al interés ajeno. (pp. 171-172).

Esta crítica de Estevill (1995) se dirige a la doctrina de autores culpabilistas (entre los cuales estaría Ihering (como lo vimos en el capítulo primero) que postula la antijuridicidad de la conducta por el elemento culposo (entendido éste como la ruptura de una diligencia), y sugiere otro tipo de responsabilidad más objetiva basado en el riesgo y no en la culpa (p. 177). Este autor cree que la diligencia solamente es imperante en aquellas obligaciones de medio (como la de los

[306] Cabrillac, por ejemplo, considera que en el derecho alemán esta doctrina es de carácter contractual, mientras que en Francia es de carácter extracontractual (Cabrillac, R. (2016). El Nuevo Derecho Francés De Los Contratos. *Revista de derecho Themis*. *Núm. 70*, pp. 62.)

[307] Ferro analiza la posibilidad de un "tercer tipo" de responsabilidad, que no es ni contractual ni extracontractual. analiza el principio de buena fe en el ordenamiento jurídico italiano (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative*. Milán: Cedam, p. 71). Por otra parte, Monsalve Caballero analiza situaciones que pueden ser contractuales, pero otras que lindan con la extracontractualidad, sugiriendo el interminable debate sobre la CIC (Monsalve-Caballero, V. (2013) *The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations. An Approach from European and Latin Amercian Law*. Universidad del Norte Revista de Derecho, *39*, 136-146). En el mismo sentido, Mosset Iturraspe analiza los beneficios y los defectos de una u otra teoría sin llegar a una conclusión definitiva (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, pp. 270-313)

[308] Por su parte, Kovac explica que la mayoría de los casos arrojan a la concluir en la doctrina extracontractual que gira en torno a conductas de las partes durante las negociaciones de un contrato (Kovac, M. (2019). Culpa in Contrahendo, Promissory Estoppel, Pre-Contractual Good Faith and Irredeemable Acts. En *Asian Journal of Law and Economics*; Berlín Tomo 10, Nº 1, pp. 4-17).

[309] Artículo 1101 del CC español: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas

médicos o abogados), mas no en las obligaciones de resultado donde resultaría intrascendente (p. 192).

De otra parte, Estevill (1995) no detiene su crítica al sistema contractual, sino que la extiende a la esfera extracontractual, donde predica que la teoría culpabilista es omnicomprensiva en su alcance (p. 490). En este sentido, analiza los alcances del numeral 1902 del CC español (que lo vimos en el capítulo I) y que se deriva del principio "*neminem laedere*"[310], expresando lo siguiente:

> Tras un largo período temporal de intentar la cuadratura del círculo, aquellos que sólo conciben la responsabilidad en base al pecado (aunque lo secularizaran) hubieron de contemplar cómo la reparación del daño, por la vía doctrinal, primero, y jurisprudencial, después, buscaba maneras más acordes con la realidad del momento. La jurisprudencia francesa enfiló la cuestión al amparo del artículo 1384 de su Código civil. Nuestra doctrina legal acudió al recurso de flexibilizar el 1902 del Texto legal civil, que si bien se mira además de comprender en su seno aquella clase de comportamientos dolosos y negligentes, podía extenderse también, por sus características de «precepto-goma», a todas aquellas otras situaciones que sin requerir la concurrencia del elemento moral clamaban por la reparación de todo tipo de daños que pudieran producirse, constatada su realidad física y el nexo causal que esta guardara con la acción y omisión. (p. 491)

Si bien es cierto que nuestra investigación se perfila en la comparación jurisprudencial de la RINP (hija de la CIC) con el PE (como se pueden apreciar de los capítulos 5 y 6 de esta obra), las críticas de Estevill reproducidas ut supra que se perfilan contra la culpa, muy bien pudieran endilgarse al dolo insaculado en su elemento contrario: la buena fe, insaculado como elemento motor de la RINP.[311] Como lo venimos explicando, al hacer de la buena fe un principio del derecho en elemento esencial de la RINP, lo que se está generando es la necesidad de probar la otra cara de la medalla, que es probar la ausencia de buena fe, es decir probar la mala fe[312] (la misma que desde el Digesto se la concibe en concomitancia con el dolo y el fraude), con lo cual la RINP (ruptura

[310] Artículo 1902 del CC español señala: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

[311] En efecto, en el tomo II de su obra, Estevill remata su critica en el siguiente sentido: "Y si las cosas son así, no son muy comprensibles una serie de teorías, formuladas por escritores de prestigio, que aun no estando sometidos al imperio de lo que se establece en el Código civil alemán, en relación a la responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual, admitan una base contractual para predicar así la naturaleza de la responsabilidad por *culpa in contrahendo." (*Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual. T. II.* Barcelona: Bosch, p. 1072)

[312] Piotet considera el deber de expresarse claramente y evitar engañar a la otra parte, el deber de no entablar ni continuar negociaciones de mala fe y el deber de informar a la otra parte la información relevante (Piotet, P. (1963). *Culpa en la contratación y responsabilidad precontractual en el derecho privado suizo.* Berna: Stempfli, pp. 126-127).

injustificada de negociaciones preliminares) queda reducida a una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares, y la *culpa in contrahendo* queda expresada en un dolo in contrahendo, harto equiparable con la figura del *misrepresentation* del *common law*, mas no con la figura del *Promissory Estoppel*, donde objetivamente el estado mental del promitente es irrelevante[313].

Ahora, analicemos cómo trata la doctrina legal la naturaleza jurídica dicotómica de la CIC, lo que significa que existen opiniones opuestas, quizás como resultado de las dos corrientes doctrinales de la CIC. Como mencionamos anteriormente, la postura de Ihering (1861) se centraba en la diligencia en la CIC, es decir, en la negligencia (y no en la buena fe). Por eso, los seguidores de este autor se consideran contractualistas. Sin embargo, la doctrina que surgió después de Ihering incorporó la buena fe como motor de la teoría, desplazando la diligencia y situando así esta teoría dentro del marco del sistema extracontractual o de torts.

Según Nunes Fritz (2018), la CIC se encuentra en una "zona gris" entre el derecho contractual y el derecho de daños (p. 126). Por otro lado, Zuloaga (1993) es un poco más claro al afirmar que la culpa se deriva del deber general de no causar daño a otra persona (p. 27). En otras palabras, la CIC se refiere al principio "neminem laedere" (no dañar a otro), y con ello, la CIC queda relacionada con la misrepresentation.[314]

Por su parte, Bogusch (1928) trata de seguir a Ihering e interpreta que la CIC deviene como producto del incumplimiento de deberes de diligencia (Sorgfaltspflichten) (p. 34) derivada de una relación jurídica preparatoria (vorbereitendes Rechtsverhältnis) (p. 45), de donde devienen un sinnúmero de obligaciones dentro del esquema contractual, puesto que la diligencia viene vinculada con la negligencia: "Anzeige- und Aufklärungspflichten" (deberes de notificación y aclaración), "Untersuchungs- und Prüfungspflichten" (deberes de investigación y examen), "Erhaltungs- und Aufbewahrungspflichten" (deberes de mantenimiento y almacenamiento), "Erkundigungs- und Nachforschungspflichten" (deberes de investigación) y el "Pflicht zur Nachpr üfung der eigenen Aeußerungen" (deber de verificar las propias declaraciones), (p. 63). Incluso, a

[313] Meliger analiza el concepto de "nulidad" en relación a los contratos, argumentando que no requiere dolo o negligencia por parte de los contratantes. Sostiene que la única base para la obligación en tales casos es el principio de causalidad (Meliger, E. (1898). *Culpa en contrahendo o daños y perjuicios por contratos nulos después Código Común y Suizo de Obligaciones así como el código civil alemán.* Zurich: Zurcher y Furrer, p. 146).

[314] Por su parte, Reder considera que la culpa in contrahendo se sitúa en la intersección del derecho contractual y del derecho de daños, lo que implica que podría estar vinculada a tergiversaciones (Reder, W. (1989). *La responsabilidad personal de terceros no contractuales en el derecho internacional privado.* Constanza-Alemania: Hartung Gorre, p. 111).

las negociaciones preliminaries las llama "schuldhaftes Verhalten bei Vertragsverhandlungen" (comportamiento negligente durante las negociaciones contractuales) (p. 40)

Por otra parte, para Deshayes y Maitre (2009), el tema de la responsabilidad precontractual es absorbido enteramente por el sistema extracontractual[315], o sea por los *torts* o sistema de daños, requiriendo tres elementos: "culpa, daño y una cadena de causalidad entre ambos" (p. 28). De la misma forma lo explica Cabrillac (2016): "La naturaleza de esta responsabilidad es extracontractual" (p. 62).

Un aspecto interesante en la teoría de Deshayes y Maitre (2009) es que piensan que la responsabilidad extracontractual acaece independientemente de la relación entre las partes involucradas, es decir, el daño que una persona ocasiona a otra genera la obligación resarcitoria a partir del quebrantamiento de un deber (en este caso el deber de no dañar a terceros, principio de la responsabilidad extracontractual), y no se deriva de la relación entre dichas personas:

> Por otro lado, la responsabilidad por agravio o delito civil supone la mayoría de las veces un daño causado por una persona a otra sin una relación específica entre ellos: el daño no suele ocurrir debido a tal relación. Algunos autores, especialmente Ihering y Carbonnier, estaban a favor de aplicar la responsabilidad contractual. Sin embargo, al final, sus argumentos no convencieron a la mayoría de los autores y los tribunales. (p. 28).

Entonces queda claro que la falta consiste en el incumplimiento de un deber legal, es decir la violación a una norma de comportamiento impuesto por el orden público (en este caso el dañar a terceros ni a su propiedad). "En principio, la gravedad de la culpa no importa: incluso la culpa más leve puede llevar a la responsabilidad" (Deshayes y Maitre. 2009, p. 28).

Como hemos visto, las dos teorías sobre la culpa in contrahendo (CIC) se entrelazan entre la "diligencia"[316] y el "dolo". Por un lado, como discutimos anteriormente en relación con la "integración de la CIC", cuando la diligencia deja de ser el motor principal de la CIC, como sostuvo Ihering en 1861[317], la buena fe reemplaza a la diligencia y, de manera inevitable, se

[315] De igual opinión es Fernández Pérez quien considera que esta teoría es extracontractual (Fernández Pérez, A. (2015). Funciones De Las Cláusulas De Excepción En El Proceso De Localización De La Norma De Conflicto. *Revista Española De Derecho Internacional. Sección Estudios. Vol. 67/2, pp. 83-109).*

[316] Para Liese, "Sorgfaltspflicht" (deber de diligencia) es importante para la culpa in contrahendo (Liese, S. (1993). *Acuerdos sobre obligaciones legales precontractuales y su limitación por la Ley de Términos y Condiciones Generales.* Frankfort: Peter Lang, p. 33).

[317] Choe cree que Jhering no quiso limitar su teoría del CIC a los casos de dolus (fraude) (p. 77), y específicamente analiza la distinción entre culpa y dolus, y argumenta en contra de extender la responsabilidad por culpa lata a relaciones extracontractuales (Choe, Y. (1988). *Culpa en contrahendo by Rudolph Jhering.* Gottingen: Publicacion Otto Schwartz y Co., p. 72).

presenta su correlato, la mala fe o el dolo, tal como se deriva del Digesto, convirtiendo al dolo en la figura protagónica de la CIC[318]. Además, como veremos en el capítulo III, esta dicotomía también se refleja, aunque de manera más estructurada, en el *common law*[319]. Por un lado, el actor tiene la opción de buscar la rescisión del contrato en casos donde la falsedad o la misrepresentation son materiales[320] pero no intencionales, lo que se refiere principalmente al ámbito contractual. Por otro lado, existen situaciones de naturaleza extracontractual en las que el actor busca daños, pero debe demostrar el engaño fraudulento, ya sea por acción u omisión (esto lo veremos con más detenimiento en el capítulo III).[321]

Esta dicotomía en el *common law*[322] se resuelve manteniendo ambas vertientes de manera paralela[323], mientras que en el *civil law*, ambas vertientes compiten[324] por convertirse en el principal motor de la concepción de responsabilidad precontractual[325]. En el capítulo II, exploraremos representaciones individuales en algunos países donde la controversia alcanza límites insospechados, y donde el debate sobre la naturaleza contractual o extracontractual es

[318] En este sentido, Miller observa que la CIC es una doctrina extracontractual al basarse en la mala fe precontractual, concepto regulado por los torts (Miller, A. y Perry, R. (2013). Good Faith Performance. *Iowa Law Review, Núm. 98-2, p. 690).*

[319] Por su parte Moisa asevera explícitamente que la naturaleza de la CIC es extracontractual pese a que en otras dos secciones parece sugerir que es contractual. (Moisá, B. (2014). Los deberes secundarios de conducta y la falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado. *Revista Advocatus Univesidad de Lima, No. 30*, pp. 178-185).

[320] Wied subraya que en los EE.UU. a veces se utiliza la "buena fe" para justificar la responsabilidad por romper negociaciones contractuales (Wied, D. (2009). *Problemas de la calificación procesal civil en el campo de la tensión entre contrato y responsabilidad extracontractual. Una contribución a la interpretación del derecho procesal civil nacional desde una perspectiva europea.* Regensburg-Alemania: Peter Lang, p. 85); sin embargo, la misrepresentación contractual deriva de la Sección 161(b) del Segundo Restatement de Contratos, mientras que la misrepresentación fraudulenta deriva de la Sección 551(1) del Segundo Restatement de Torts.

[321] Para León Robayo, la naturaleza jurídica de la CIC es ambigua, pero hace una atingencia en el sentido de que puede tener un carácter contractual al estar asociada al lex mercatoria (León Robayo, E. (2015). La Nueva Lex Mercatoria: un derecho transnacional uniforme. *En Derecho Derecho internacional: varias visiones, un maestro.* Colombia: Editorial Universidad de Rosario (Colombia), p. 372). Este carácter ambiguo también es puesto de manifiesto por Franzoni quien cree que existe un límite muy débil entre ambas posturas (Franzoni, M. (2013). El contacto social no sólo es relevante para el médico. *Revista IUS ET VERITAS, N° 46*, pp. 36-50). Asimimo, Yelmen cree que la naturaleza jurídica de la CIC es mixta, o sea comparte de ambas estructuras (Yelmen, T. (2015) Agencia sin autorización. *Inonu University Faculty of Law Journal Special Issue Volume:1 Year 2015*, 438-448).

[322] Para Rodríguez de las Heras, al common law no le es extraña la teoría de la CIC (Rodríguez De Las Heras Ballell, T. (2015). La Etapa Precontractual en la Contratación Mercantil. *Estudios Sobre el Futuro Código Mercantil: Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz Getafe*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 1808.)

[323] Para Nickel la CIC puede surgir de "fahrlässigen oder vorsätzlichen Verhaltens" (comportamiento negligente o intencional), lo que implica que la buena fe no es el elemento único (Nickel, C. (2004). *Las consecuencias jurídicas de la culpa in contrahendo*. Berlin: Duncker y Humblot, p. 192).

[324] Para Gomez Calle, la CIC puede tener ambas naturalezas puesto que el resultado es el mismo o puede ser el mismo partiendo de cualquier postura sea contractual o extracontractual (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, P. 14-138).

[325] Por su parte, Ferro piensa que el debate sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual debería centrarse en la ausencia de obligación entre las partes durante el período precontractual (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, p. 114).

interminable[326]. Este debate nos recuerda el mismo tipo de discusión que surgió en el *civil law* con respecto a la teoría de la causa y sus diferentes concepciones. En ese contexto, surgieron teorías como la teoría clásica objetiva de Domat y Pothier, luego la teoría anticausalista de Ernst, para finalmente dar paso a una teoría neocausalista con Josserand, seguida de las concepciones italianas sobre la causa-función social de Scognamiglio, Betti, entre otros. [327]

En España, el tema de la naturaleza de la CIC pasa por el sistema aquiliano o de responsabilidad extracontractual, así lo vemos en la Sentencia STS 15-10-2011 (6635/2011) [en adelante caso caso Suprasport"], la Corte sostuvo: "Esa responsabilidad se lleva por algunos - entre ellos, la recurrente - al ámbito contractual y por otros al extracontractual o al de un "tertium genus"[328], como consecuencia de la extensión del deber de buena fe a los momentos preparatorios de la celebración de los contratos. La sentencia de 16 de mayo de 1988 destacó que [...] una culpa in contrahendo [...] al faltar aquella relación contractual, se nos ofrece como aquiliana [...]".[329]

Por su parte, en la sentencia STS 23-12-2021 (4948/2021) [en adelante caso "Fomento de Construcciones"), el Tribunal sostuvo: "Como afirmó la sentencia de esta sala de 16 de mayo de 1988, "la culpa in contrahendo, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto

[326] Thiemann cree que la *culpa in contrahendo* se describe como un concepto que pertenece más a la categoría de responsabilidad "contractual" que a la responsabilidad "delictiva" y se vincula con la idea de una "responsabilidad más severa", y analiza el concepto de la CIC que está vinculado a la idea de "redlichkeitserwartung" o "expectativa general de honestidad" en las relaciones comerciales, lo que implica que las tergiversaciones son relevantes para la culpa in contrahendo. Finalmente concluye que la CIC se ha convertido en una "prohibición general de dañar a otro" (p. 178) que es una reminiscencia del *neminem ladere*. (Thiemann, R. (1984). *Culpa in contrahendo - una contribución a la ley de daños.* Gelsenkirchen-Alemania: Mannhold, pp. 65, 80-84, 152). Por otro lado, Wennberg cree que la CIC surge de la violación de los deberes de divulgación, notificación, cuidado y custodia, y trata de impedir una violación a la confianza del oponente: "Verletzung gegnerischen Vertrauens" (Wennberg, K. (1966). *La teoría del loft escandinavo. La promesa unilateralmente vinculante. Su significado para la doctrina de la culpa in contrahendo.* Stuttgart: Paul JLLG, pp. 92-94, p. 109), sugiriendo una naturaleza extracontractual. Por otro lado, Kohlhepp, considera que la culpa in contrahendo es una regla "preterlegal" que se ocupa de la responsabilidad por falta en la formación de un contrato, donde la culpa in contrahendo puede surgir por no revelar información, lo que puede incluir tergiversaciones sobre las cualidades de un producto, que se traduce como "declaraciones falsas hechas con negligencia" (Kohlhepp, G. (1989). *La relación entre la responsabilidad por defectos materiales y la culpa in contrahendo en el derecho de compraventa.* Frankfort: Peter Lang, pp. 3-4, 8-9, 121-124). Por otra parte, Canaris piensa que el tema de la CIC está relacionado con el deber de proteger y no dañar los intereses jurídicos de otros (Canaris, C. (1965) Reclamaciones por Incumplimiento Positivo del Contrato y Efecto a Terceros en el Caso de Cantidades Nulas. *Revista de Derecho Alemán y de Jurisprudencia del Sur de Alemania*, 473-483. Munich: Editorial JCB Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, pp. 481-483). Por otra parte, en otro de sus trabajos, Canaris (2012) menciona que la "culpa in contrahendo" normalmente sólo se refiere a actos negligentes (Canaris, C. (2012). Leyes de Protección y Obligaciones de Tráfico. En Libro Conmemoración del 80 Aniversario del Cumpleaños de Karl Larenz, 948-1052. Berlín: Walter de Gruyter & Co., p. 1026).

[327] Para un estudio detenido de la causa y sus diferentes concepciones en el *civil law*, consultar la obra de Lizárraga, W. (2000) *El Cuarto Lado del Triángulo. El Problema de la Causa del Acto o Negocio Jurídico*. Arequipa-Perú: Publiunsa.

[328] Por su parte, Schmitz considera que existe una necesidad de crear una tercera categoría de responsabilidad que vaya más allá de los contextos contractuales o extracontractuales, específicamente en el periodo de negociaciones contractuales (Schmitz, E. (1980*). Responsabilidad de terceros en caso en la contratación.* Berlín: Duncker y Humblot, p. 20).

[329] Tomás Martínez explica las tres doctrinas prevalentes: contractual, extracontractual y una mixta. (Tomás Martínez, G. (2010). Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (Culpa in Contrahendo) en la Armonización Jurídica Europea. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, 17, 1,* 187-210.

que no puede negarse que exista una violación del principio 'neminem laedere'. Esa responsabilidad extracontractual puede derivarse directamente tanto de dicha tesis jurisprudencial como de la teoría del abuso del derecho".

La sentencia a la que ambos casos aluden la podemos ver en la STS 16-05-1988 (RJ 3673/1988) [Caso Banco Vizcaya], donde la Corte de Casación claramente opinó que: "Se produce *culpa in contrahendo* cuando faltando relación contractual, sin embargo, la conducta de los demandados genera una violación del principio *neminen laedere*".

El Tribunal claramente lo reseñó en el tercer fundamento de derecho:

> El problema del traslado del demandante don Daniel se trató seriamente, llegándose a un punto en el que dicho señor, con toda lógica y ateniéndose a las noticias que le dieron altos empleados de la indicada sociedad, demandados también en este litigio, debió pensar que su traslado a la Oficina de Miami (USA) estaba ya acordado y era además inminente lo que impulsó a los accionantes a adoptar disposiciones que resultaron, ante el fracaso de sus expectativas, claramente perjudiciales para sus intereses todo ello sobradamente justificativo de la existencia por parte de los demandados de una culpa "incontrahendo" que al faltar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio "neminen laedere", que determina la responsabilidad de los demandados, y al no entenderlo así el Juzgador de instancia es claro infringió el artículo 1.902 aplicable de conformidad con los que son hechos probados de la recurrida sentencia determinando la estimación de este primer motivo del recurso, sin que sea necesario el examen de los demás. STS 16-05-1988 (RJ 3673/1988).

Es necesario adelantar que el numeral 7 del CCE reza lo siguiente: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe"[330] y el artículo 1902 del Código Civil español (CCE) que dice: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."[331]

Desde nuestra perspectiva, como se mencionó en la introducción de esta sección, consideramos que el camino adecuado para definir la naturaleza jurídica de la Culpa In Contrahendo (CIC) es a través de la responsabilidad extracontractual. Esta opinión se extiende no sólo a la faceta del deber de cuidado, sino también a las dimensiones del deber de informar y del deber de negociar de buena fe.

[330] Código Civil español (CCE). Art. 7. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).
[331] Código Civil español (CCE). Art. 1902. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

5.2. El contacto social calificado como posible respuesta al debate contractual v. extracontractual de la CIC

Como respuesta al continuo debate acerca de si la naturaleza jurídica de la CIC es contractual o extracontractual, la jurisprudencia italiana ha desarrollado una interpretación distinta. Esta postura sostiene que la CIC constituye un "tertium genus", es decir, una categoría única y diferenciada, basada en la confianza y la buena fe. Esta perspectiva la describe como un "contacto social calificado", argumentando que la CIC debe situarse en un plano contractual, en oposición a uno extracontractual[332]. Para ilustrar mejor esta postura, examinemos un caso específico que refleje esta interpretación italiana en el caso Italia Service (Cass. civ. Sez. I, Sent., 12-07-2016, n. 14188; en adelante referida como "*Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa")*, del que procedemos a analizar para desentrañar su fisonomía.[333]

En este caso, la compañía Italia Service s.r.l. presentó una demanda contra el Ministerio de Defensa, el Comando General de la Arma de Carabineros y la Escuela de Alumnos Carabineros de Roma. Solicitaban la compensación por daños sufridos debido a la falta de aprobación de un contrato firmado en 1993. El Tribunal de Roma rechazó la demanda, alegando que el crédito había prescrito según el artículo 2947 del Código Civil. Italia Service s.r.l. apeló la decisión, pero la Corte de Apelaciones de Roma confirmó el fallo anterior, declarando la prescripción del derecho de crédito invocado. Italia Service s.r.l. presentó un recurso de casación contra esta sentencia, y el Ministerio de Defensa respondió con un contra recurso. Los demás demandados no presentaron defensa.

Italia Service s.r.l. argumenta en su primer motivo de casación que la Corte de Apelación cometió un error al considerar que la falta de aprobación del contrato de servicios por parte de la administración contratante generó una responsabilidad precontractual asimilable a la responsabilidad extracontractual, lo que resultaría en una prescripción quinquenal del derecho. Italia Service sostiene que esta responsabilidad debe ser considerada como contractual, con una prescripción decenal, debido a la violación del deber de buena fe en la ejecución del contrato.

[332] Para Zaccaria, en Italia el tema de la CIC es mixta, es decir, su naturaleza es híbrida y ni enteramente contractual ni enteramente extracontractual. (Zaccaria, A. (2014). La resistible ascensión del "contacto social". *Revista IUS ET VERITAS, N° 48, Julio 2014,* 56-78.)

[333] *Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa*. Sentencia No. 14188. Tribunal de Casación de Italia, 12 de julio de 2016.

Además, Italia Service argumenta que existe una relación de "contacto social calificado" entre la administración y el privado, lo que implica obligaciones de protección de la administración hacia el privado. Por lo tanto, Italia Service sostiene que el derecho reclamado en el juicio no estaría prescrito según el plazo decenal de prescripción establecido en el Código Civil.

El Tribunal sostiene que la responsabilidad de la administración en este caso se consideraría precontractual y estaría sujeta a una prescripción quinquenal. Sin embargo, existe un debate sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad contractual incluso en ausencia de un contrato formal, cuando se establece una relación calificada como "contacto social cualificado".

El Tribunal expone que la jurisprudencia ha evolucionado hacia el reconocimiento de una responsabilidad civil orientada hacia la protección y el favor de las partes involucradas en un contacto que genera obligaciones de información y protección, incluso antes de la prestación. Esta forma de responsabilidad se asemeja a la responsabilidad contractual y ofrece una forma más efectiva de protección.

La concepción tradicional de la responsabilidad precontractual como responsabilidad aquiliana, regulada por el artículo 2043 del Código Civil[334], ha sido superada. Se ha reconocido la existencia de una tercera fuente de obligaciones, distintas de las obligaciones contractuales y delictuales, que se pueden equiparar más a esta última categoría. La clasificación de las fuentes de obligaciones ha sido motivo de debate y la antigua doctrina romana también presentó ambigüedades clasificatorias. En el Digesto justinianeo, se introdujo la noción de "quasi contractus", que abarcaba actos o hechos que no eran contratos propiamente dichos, pero que generaban obligaciones similares a las contractuales. Ejemplos de esto son la restitución indebida y la gestión de negocios. El Tribunal lo expuso de la siguiente manera en la sentencia (*Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa*):

> En este contexto, es importante destacar que durante mucho tiempo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación se basó en la concepción tradicional de la responsabilidad precontractual como una responsabilidad aquiliana, en virtud del artículo 2043 del Código Civil. Esto implicaba que la carga de la prueba de la existencia y cuantía del daño, así como de la culpa o dolo del responsable, recaía sobre la parte perjudicada. Además, el plazo de prescripción para ejercer el derecho reclamado era de cinco años, de acuerdo con el artículo 2947 del Código Civil[335]. (Considerando de derecho Nro. 4)[336]

[334] CCI §2043: "Cualquier acto intencional o negligente que cause un daño injusto a otros obliga a la persona que cometió el acto a compensar el daño."
[335] CCI § 2947: "el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de un acto ilícito prescribe en cinco años a partir del día en que se produjo el hecho".
[336] Cass. civ. Sez. I, Sent., 12-07-2016, n. 14188.

El Tribunal expone que el concepto de responsabilidad contractual se originó en la antigüedad y ha evolucionado a lo largo del tiempo. Se reconoce la importancia de la confianza previa al contrato y las obligaciones de información y protección en la relación entre las partes. Tanto la doctrina alemana como la italiana han destacado la existencia de una relación obligatoria basada en la confianza mutua, aunque no haya un contrato formal, y han establecido obligaciones de buena fe. Esto ha llevado a considerar la responsabilidad resultante como de naturaleza contractual. En el mundo anglosajón también se ha dado un cambio similar, donde el contrato se ha separado de los agravios y se le ha dado mayor importancia en el ámbito de la responsabilidad civil.

La jurisprudencia ha seguido un camino de evolución en la responsabilidad contractual basada en el "contacto social calificado". Se ha reconocido la responsabilidad contractual en casos como accidentes escolares, donde se establece un vínculo contractual entre la escuela y el alumno, y en casos de responsabilidad médica, donde existe un "contacto social cualificado" entre el paciente y el profesional de la salud. También se ha aplicado la responsabilidad contractual en casos de responsabilidad de los bancos por violaciones de reglas específicas. En todos estos casos, se han establecido obligaciones de protección y vigilancia. Además, la responsabilidad contractual ha sido reconocida en la jurisprudencia administrativa en casos de violación de obligaciones procedimentales por parte de la administración pública.

El Tribunal explica que la jurisprudencia ha seguido un camino de evolución en la responsabilidad precontractual basada en el "contacto social cualificado". Se ha reconocido la responsabilidad precontractual en casos como accidentes escolares, donde se establece un vínculo contractual entre la escuela y el alumno, y en casos de responsabilidad médica, donde existe un "contacto social cualificado" entre el paciente y el profesional de la salud. También se ha aplicado la responsabilidad precontractual en casos de responsabilidad de los bancos por violaciones de reglas específicas. En todos estos casos, se han establecido obligaciones de protección y vigilancia.

La sentencia establece que, tras la entrada en vigor de la Ley N.° 241 de 1990, la responsabilidad de la administración por daños procedimentales a los ciudadanos se basa en la violación de principios contractuales de corrección y buena fe. Se distingue entre la lesión del interés del ciudadano y la violación de las reglas procedimentales, generando diferentes tipos de

responsabilidad: aquiliana por la lesión del interés y contractual por la violación de las reglas procedimentales. Además, se señala que la relación entre el ciudadano y la administración en el procedimiento administrativo se basa en un "contacto social cualificado", lo que puede dar lugar a obligaciones de protección y responsabilidad contractual no basada en un contrato formal.

En resume, el Tribunal expone que la responsabilidad precontractual debe ser reconsiderada, y se enfatiza que la violación de la buena fe genera obligaciones de protección recíproca entre las partes. Esta responsabilidad se basa en un contacto social cualificado, donde las partes confían en la corrección y buena fe del otro para lograr un objetivo específico. Se diferencia de la responsabilidad aquiliana, ya que implica obligaciones previas a la lesión, relacionadas con la buena fe y la protección. Además, la violación del principio de buena fe y corresponsabilidad puede constituir incumplimiento contractual y dar lugar a indemnización por daños.

El Tribunal de Casación Italiano (TCI) sostuvo en esta resolución (*Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa)* que:

> 12. Según las reflexiones anteriores y la difusión alcanzada por la teoría de la responsabilidad por "contacto social cualificado", no se puede poner en duda que la orientación tradicional de la jurisprudencia en materia de responsabilidad precontractual según los artículos 1337 y 1338 del Código Civil debe ser subsanada.
>
> 12.1 Las consideraciones desarrolladas por la doctrina y adoptadas por la mayoría de la jurisprudencia han destacado que el elemento calificador de lo que ahora puede denominarse "culpa in contrahendo" ya no es la culpa, sino la violación de la buena fe, que, basada en la confianza, genera obligaciones de protección recíproca entre las partes. De ello se desprende que la responsabilidad por el daño causado por una parte a otra, al derivar de la violación de obligaciones específicas (buena fe, protección, información) anteriores a las que surgirán del contrato, cuando se celebre, y no del deber genérico de no causar daño a otro (*neminem laedere*), solo puede calificarse como responsabilidad contractual.
>
> Ciertamente, se puede objetar, como lo ha hecho una minoría de la doctrina, que también un atropello de un peatón, una colisión entre vehículos o un acto violento que cause lesiones dan lugar a un contacto social, posible fundamento de una responsabilidad que va más allá de la extracontractual, menos gravosa para el causante del daño. Pero la objeción, al centrarse en la consideración del contacto social simple, no captura el propósito de la responsabilidad en cuestión, en la cual el contacto social entre esferas jurídicas diferentes debe estar "calificado", es decir, caracterizado por un "propósito" que las partes pretendan perseguir. (considerando de derecho Nro. 8).

Y luego el Tribunal confirma este aserto en la misma resolución bajo análisis (*Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa)*:

> La doctrina italiana se ha posicionado conscientemente en la misma línea, desde principios de los años 90 del siglo pasado, perfilando una forma de responsabilidad que se sitúa "en los límites entre contrato y delito civil", ya que se basa en un "contacto social" entre las partes que, al dar lugar a una confianza mutua de los contratantes, está "calificado" por la obligación de "buena fe" y los correlativos "deberes de información y protección", establecidos positivamente en los artículos 1175, 1375, 1337 y 1338 del Código Civil. De esta manera, surge la figura de una relación obligatoria caracterizada no por obligaciones de rendimiento, como ocurre en las obligaciones que tienen su causa en un contrato, sino por obligaciones de protección, también atribuibles, aunque falte un acto negocial, a una responsabilidad distinta de la aquiliana y cercana a la contractual, ya que se pueden fundamentar en esos hechos y actos que los generan, constituyendo la tercera fuente de las obligaciones mencionada en el artículo 1173 del Código Civil. (8vo considerando de derecho)

Como vimos en el capítulo I de esta obra, el numeral 1337 del Código Civil de Mussolini de 1942 (CCI)[337], que dice: "las partes, en la conducción de las negociaciones y la formación del contrato, se comportarán de buena fe."

Por su parte, el artículo 1338 del CCI trae otra referencia a la doctrina de la CIC en la figura de la obligación de las partes de informar sobre posibles defectos del producto en la etapa negocial. Específicamente lo manifiesta así: "La parte que, conociendo o debiera haber conocido la existencia de una causa de nulidad del contrato, no ha informado a la otra parte está obligada a indemnizar el daño sufrido por esta última por haber confiado, sin culpa propia, en la validez del contrato."

En el artículo 1173 del CCI se lee que "las obligaciones derivan de contrato, de hecho ilícito, o de todo otro acto o hecho idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento Jurídico.; mientras que el artículo 1175 especifica: "El deudor y el acreedor deben comportarse de acuerdo con las reglas de la buena fe"; en tanto que en el numeral 1375 se lee: "El contrato deberá ser ejecutado de acuerdo con la buena fe."[338]

Seguidamente el Tribunal considera que la buena fe es una obligación que parte de un mandato constitucional, incluso en la etapa prenegocial del contrato, hacienda por ello de la CIC

[337] Código Civil italiano (CCI). Art. 1337. 16 de marzo 1942 (Italia).
[338] El numeral 1174 del CCI especifica: "La prestación que forma el objeto de la obligación debe ser susceptible de evaluación económica y debe corresponder a un interés, aunque no patrimonial, del acreedor"

una figura de responsabilidad contractual y no extracontracontrual (*Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa)*:

> 13. Sin duda, son significativas en este sentido las decisiones en las cuales esta Corte ha afirmado que el principio de corrección y buena fe en la ejecución del contrato, expresión del deber de solidaridad basado en el artículo 2 de la Constitución[339], impone a cada una de las partes de la relación contractual actuar de manera que se preserven los intereses de la otra parte. Este principio constituye un deber jurídico autónomo para ambas partes, independientemente de la existencia de obligaciones contractuales específicas o de disposiciones establecidas expresamente por la ley. Como consecuencia, la violación de este principio "constituye incumplimiento en sí mismo" y puede dar lugar a la obligación de indemnizar los daños resultantes en concepto de responsabilidad contractual (véase, entre otros, Cass. 21250/2008; 1618/2009; 22819/2010). En la misma perspectiva, destacando además cómo la responsabilidad de tipo contractual puede estar fundamentada, en la práctica, no sólo en la violación de obligaciones de cumplimiento, sino también en la violación de deberes de protección que surgen antes y sin tener en cuenta los demás, esta Corte también ha establecido que la violación de la cláusula general de buena fe y corrección, establecida en los artículos 1175 y 1375 del código civil, puede tener relevancia a efectos de la resolución del contrato por incumplimiento, cuando afecta a la conducta sustancial que las partes están obligadas a mantener para preservar el interés mutuo en el cumplimiento exacto de sus prestaciones, perjudicando los efectos económicos y jurídicos del contrato (Cass. 11437/2002). (Considerando de derecho Nro. 13)

Asimismo, el Tribunal considera que la ampliación del ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual es resultado de una evolución en la responsabilidad civil, buscando proteger los intereses de aquellos que establecen relaciones significativas[340]. La responsabilidad precontractual puede ser considerada como responsabilidad contractual por "contacto social cualificado". Esta responsabilidad se basa en la violación de la buena fe en las negociaciones y genera obligaciones de protección mutua entre las partes. Finalmente, el Tribunal valora que la CIC ya no se funda en la culpa, pero sí en la buena fe:

[339] Constitución Política de Italia [CPI] (1947) §2: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social."

[340] Según Loges, a teoría de Ihering se basa en la idea de que los derechos son "intereses protegidos legalmente" (Loges, R. (1991). *La justificación de las nuevas obligaciones de declaración y la idea de protección de la confianza legitima.* Berlín: Duncker y Humblot, p. 30).

> La decisión se sitúa, por lo tanto, perfectamente en línea con el enfoque doctrinal que considera que la estructura de la "culpa in contrahendo" se basa no en la culpa, sino en la violación de la buena fe en las negociaciones, y el "contacto social calificado" como un hecho capaz de generar obligaciones según el artículo 1173 del Código Civil. La misma sentencia también especifica que la parte que alega responsabilidad precontractual debe, por otro lado, alegar y, si es necesario, demostrar el daño y la violación de su buena fe, en una perspectiva de equilibrio de los derechos de las partes involucradas en el asunto precontractual. (Considerando de derecho No. 15.2)[341]

En el caso concreto, se establece que la prescripción aplicable es la decenal y se anula la sentencia impugnada, remitiendo el caso a un nuevo examen en una corte de apelaciones. Sin embargo, la CIC sigue respondiendo a un escenario donde una de las partes ha incumplido un deber impuesto por la ley (de negociar de buena fe, o de informar, o de vigilancia o protección mutua), de modo que en su naturaleza sigue imbuida del sistema extracontractual, por más que se le trata de vincular a la responsabilidad contractual.

En el common law americano, el PE (como lo veremos en el capítulo V) tiene una naturaleza netamente contractual y por ende un período de prescripción igual al de un incumplimiento contractual, es decir, de 6 años, pero no es una figura contractual ni extracontractual, como lo estudiamos en el capítulo IV de esta obra, sino un sistema quasi contractual sustituto de la consideración[342].

Este caso muestra que la jurisprudencia italiana está intentando salir de una discusión que parece no tener fin sobre si la Culpa in Contrahendo (CIC) se trata de un asunto de contrato o algo fuera de él. Están tratando de concentrarse más en la importancia de la confianza entre las partes en lugar de estar siempre discutiendo sobre si hubo engaño o mala intención. Sin embargo, el problema es que, aunque quieren enfocarse en la confianza, siguen dependiendo mucho de la idea de la buena fe. Esto significa que aún tienen que demostrar si alguien actuó con mala fe, engañó o tuvo malas intenciones, lo cual es justamente lo que estaban tratando de evitar.

---

[341] Este extremo ha sido citado en otra resolución del 22 de junio de 2020 del mismo Tribunal (Cass. 22-06-2020, n. No. 12120, en adelante referida como "*Fabbrizioli Marco V. Marchionni Loredana")*. En el mismo sentido revisar la resolución de Cass. 12/06/2021, No. 25976-2016 (en adelante *Caballete Y Dux Orseol Srl. V. Municipio De Venecia)*.

[342] En el common law americano, el plazo para interponer una demanda por promissory estoppel es de seis años desde que sucede el hecho lesivo, el mismo plazo que el del incumplimiento de contrato. Consultar: *Franklin v. Hafftka*, 2014 N.Y. Slip Op. 33751 (N.Y. Sup. Ct. 2014): Una acción por promissory estoppel está sujeta a un período de limitaciones de seis años (ver *Enzinna v. D'Youville College*, 34 Misc 3d 1223(A) [Sup. Ct., Erie Cty, 2010], affd 84 AD3d 1744 [4th Dept. 2011]; *Superior Tech. Resources, Inc. v. Lawson Software, Inc*., 17 Misc.3d 1137(A) [Sup. Ct., Erie Cty, 2007]).

En resumen, esta teoría no consigue librarse del debate constante entre dolo (engaño) y culpa (negligencia). Sigue inmersa en una discusión que parece no tener fin y, probablemente, esta situación continuará así por mucho tiempo, posiblemente durante el próximo siglo.

6. Conclusiones

1. La Culpa in Contrahendo (CIC) es una creación de la doctrina alemana que surgió para abordar las lagunas legislativas en el sistema extracontractual del Código Alemán. La idea principal de Ihering era que la responsabilidad del vendedor por los daños y perjuicios del comprador se originaba en su negligencia en la contratación, lo que implicaba una forma de negligencia y no estaba relacionada con la falta de buena fe. Además, Ihering argumentaba que, en ciertos casos, el interés indemnizable podía ser tanto negativo como positivo. Sin embargo, en la actualidad, ninguno de estos conceptos ha perdurado, ya que la CIC se ha convertido en una teoría extracontractual moderna basada en el incumplimiento del deber de negociar de buena fe y se limita únicamente al interés negativo, sin incluir el positivo.
2. El análisis de las fuentes romanas que Ihering utilizó en su trabajo revela que el fundamento de la Culpa in Contrahendo (CIC) se basa en textos relacionados con el dolo. Esta conexión con el dolo es evidente en secciones legales del Código Civil de Austria y el Código de los Estados Prusianos, donde la acción por culpa (acto emti) se mezcla con el acto doli (mala fe, malicia, engaño). Incluso Ihering reconoció que, en ciertas circunstancias, el acto doli era más efectivo. Como resultado, la CIC nació como una figura contradictoria, poco efectiva y susceptible de ser reemplazada por conceptos como el acto doli (misrepresentation en el common law). Esta confusión que se originó en la formulación de la teoría ha persistido a lo largo del tiempo y todavía afecta a la CIC en la actualidad.

3. Mommsen basa su teoría del *dolus in contrahendo* en el dolo o la mala fe, y no en la culpa. Windscheid sustenta su teoría en el deber de cuidado, y el caso linóleo o Linoleonfall [343] se basa en sus ideas.

[343] Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

4. La subsiguiente doctrina posterior a Ihering, como Larenz, Siber, Leonhard, etc, incorporan el elemento de la buena fe/mala fe como motor de la *diligencia in contrahendo* de Ihering.

5. Faggella no cree en la culpa ni en el dolo, considera que la responsabilidad precontractual (que se divide en fases o estancias sucesivas o preparatorias) está sustentado en la autonomía de la voluntad como principio supremo. Saleilles en Francia comulga con Faggella en Italia.

3. El Código Civil italiano de 1942 instaura la teoría de la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP) a partir del artículo 1337, que impone la obligación de negociar de buena fe a ambas partes. Este extremo no se condice con la teoría del PE americano, puesto que el PE del common law americano no reconoce explícitamente la buena fe como una condición de la negociación.

4. Las fuentes romanas establecen una clara distinción entre negligencia y fraude, equiparando la negligencia grave con el fraude. Sin embargo, el fraude se asocia con la mala fe o el engaño, ya que la buena fe se contrapone al fraude y al engaño.

5. Entonces, doctrinaria e históricamente, la culpa in contrahendo (CIC) tendría tres vertientes, es decir, la obligación de indemnizar deviene como fruto del incumplimiento de tres deberes impuestos por la ley: 1) Obligación de cuidado (que se adapta a la responsabilidad extracontractual). 2). Obligación de informar defectos del producto (asimilada al derecho del consumidor, tanto en el *civil law* como en el *common law*). 3). Obligación de negociar de buena fe (de donde deviene la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares "RINP", que en realidad es una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares).

6. Demostrar la mala fe o el dolo no es una tarea sencilla, sino más bien ardua y complicada. De esta manera, desde el principio, la figura de la CIC resulta ser menos eficiente que la PE, que no requiere la prueba del estado mental del promitente. Esto puede considerarse injusto, ya que el demandante acude a un tribunal de justicia para reclamar daños inducidos por las representaciones de la parte promitente. Si, además de la prueba de los daños y la confianza quebrantada, se le impone la carga de demostrar el dolo o la mala fe, estamos convirtiendo la CIC en una figura más costosa, gravosa, y menos eficiente y justa que la PE.

7. A pesar de la firme oposición de Ihering (1861, pp. 30-37) a la inclusión de la buena fe como motor de la CIC, ya que él propuso la diligencia como el pilar fundamental de su teoría, las

teorías posteriores incorporaron la buena fe y desplazaron a la diligencia del rol protagónico que histórica y doctrinalmente estaba destinada a desempeñar, haciendo de la diligencia in contrahendo una figura de *dolo in contrahendo*, al estilo de Mommsen. Como resultado de esto, los más altos tribunales en Italia, Alemania, Francia y España han interpretado que la buena fe se presume, y que la mala fe (es decir, el dolo) debe ser probada, lo que hace que la figura de la CIC se asemeje a la misrepresentation del *common law*.

8. El tratamiento de la naturaleza jurídica de la CIC en la doctrina ha sido controversial y contradictorio. Una parte de la doctrina sostiene que tiene carácter contractual, mientras que otro sector argumenta en favor de su carácter extracontractual. El debate sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual pasa por considerar situaciones donde algunos argumentan su postura contractual mientras que otros piensan en su naturaleza extracontractual. Este debate es interminable.

9. Sin embargo, consideramos que la naturaleza jurídica de la CIC parece enraizarse en el sistema extracontractual del principio de "no dañar a nadie" (*neminem laedere*), aplicándose tanto al deber de cuidado, como al deber de informar y al deber de negociar de buena fe.

CAPITULO II

LA REGULACIÓN DE LA CIC

1. Introducción.2. Vertientes de la CIC. 2.1. Deber de cuidado o de protección. 2.1.1. Introducción. 2.1.2. Tratamiento del deber de cuidado en el Digesto. 2.1.3. Análisis del caso "Linóleo" o Linoleonfall. 2.1.4. Naturaleza jurídica del deber de cuidado. 2.1.5. El deber de cuidado en el common law (duty of care). a). Duty of care en el sistema de torts. b). Posibles soluciones al caso del linóleo a partir del common law. c). Res ipsa loquitur. d). Responsabilidad objetiva o vicaria. 2.2. Deber de información. 2.2.1. Concepto y aproximación histórica. 2.2.2. Deberes de lealtad en la negociación. 2.3. Deber de negociar de buena fe o la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP). 2.3.1. La buena fe como elemento de la RINP. 2.3.2. La buena fe objetiva y subjetiva. 2.3.3. El dolo in contrahendo que devoró la culpa. 2.3.4. El dolo in contrahendo y la diligencia in contrahendo. 2.3.5. El dolo in contrahendo: sobre el dolo causal y dolo incidental.3. La regulación de la CIC en derecho comparado. 3.1. Una aproximación a la regulación de la CIC en Europa. 3.2. Breve aproximación a la regulación de la CIC en América Latina, Eurasia y Asia. 4. La figura de la CIC en normas y proyectos europeos de derecho internacional privado. 4.1. Principios Sobre los contratos comerciales internacionales (principios Unidroit o convención de Roma o Instituto de Roma o PCCI). 4.2. Regulación No. 864/2007 de la Unión Europea (Reglamento Roma II). 4.3. CISG (Convention on contracts for the international sale of goods) o la "Convención de Viena" (UNCITRAL). 4.3.1. El principio de buena fe como principio rector del comercio internacional de bienes: el artículo. 7.1 de la CISG. 4.3.2. El principio de buena fe como criterio de interpretación: el art. 13 de la CISG. 4.3.3. Historia del CISG y el dilema eficacia vs. justicia.4.4. Principios de derecho contractual europeo (Principles Of European Contract Law: PECL). 4.5. Marco común de referencia (MCR) o draft common frame of reference (DCFR). 4.6. Proyecto de código europeo de contratos de la Academia de Derecho Privado (Pavia, Italia). 4.7. Asamblea general de la Organización de los Estados Americanos. 4.8. El proyecto de Código Civil europeo del Profesor Mc Gregor. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Como vimos anteriormente, tanto histórica como doctrinalmente, la CIC tendría tres vertientes. Estas tres vertientes se refieren a tres deberes impuestos por la ley[344] que, al no cumplirse, pueden dar lugar a una obligación de indemnizar. Estos deberes son los siguientes[345]:

a). Deber de cuidado[346] o de protección: Se refiere al deber de actuar con precaución y diligencia[347] durante las negociaciones previas a la celebración de un contrato. Esto implica evitar

[344] Goren manifiesta que las obligaciones "torts" nacen por imposición de la ley, diseñadas a proteger ciudadanos de un dano físico a otras personas a su propiedad. (Cf. Goren, W. (2003). Looking For Law in All the Wrong Places: Problems in Applying the Implied Covenant of Good Faith Performance. *37 U.S.F. L. Rev. pp. 257 y ss.).*

[345] Según Gómez Calle, existen tres tipos de deberes precontractuales: información, lealtad y protección (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, p. 28).

[346] Para Gurpinar este deber es uno de los puntos más sólidos de la doctrina (Gurpinar, D. (2006). *Responsabilidad jurídica derivada de no realizar consejos, consejos o información incorrectos anticontractuales.* Esmir-Turkia: Gursel Sengun, p. 147).

[347] Por su parte, Benati manifiesta que el "deber de cuidado" se refiere al deber de diligencia que tienen todas las partes contratantes. Es proporcional a las características de las partes involucradas y les exige intercambiar información de manera apropiada para la

cualquier conducta negligente que pueda causar daño a la otra parte, tanto daño a la propiedad como al cuerpo o la salud. Este principio deriva del principio *neminem laedere*[348] *o alterum non laedere* (no dañar a terceros). En el *common law,* este principio se vincula con la responsabilidad extracontractual de los *torts (duty of care)*[349].

En efecto, en el "caso del linóleo" o *Linoleonfall*[350], una mujer y su hija se lesionan en una tienda mientras negocia un contrato, y la responsabilidad se deriva en el contexto de las negociaciones preliminares y el accidente que acaece durante estas negociaciones. En el *common law*, este accidente se trata como un caso de responsabilidad extracontractual. Esto significa que el dueño de la tienda es responsable de mantenerla segura y debe compensar a la víctima por los daños causados, independientemente de las negociaciones del contrato. La responsabilidad no surge de las negociaciones precontractuales, sino del deber general de cuidado hacia los clientes.

b). Deber de informar[351] defectos del producto[352]: Esta vertiente se aplica específicamente en casos en los que una de las partes está vendiendo un producto o bien[353]. En este caso, existe la obligación

situación. (Benatti, F. (2021). Responsabilidad Precontractual. Una visión comparada entre Italia y Perú. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, T. 100, p. 176).*

[348] Estevill menciona el principio de "neminem laedere" (no dañar a nadie) y la obligación de no interferir con los intereses de otra persona. Esto podría estar relacionado con el concepto de 'deber de cuidado' (duty of care), ya que también implica evitar causar daño a otros. (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, pp. 1095-1096).

[349] Oughton y Davis señalan el deber del proveedor de ejercer un cuidado y habilidad razonables. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 17).

[350] Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

[351] Gómez Calle llama la atención sobre el deber de informarse o autoinformarse y el deber de informar (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, p. 127).

[352] Para Mussy el deber de informar se ha convertido en un aspecto clave de la buena fe y la corrección (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., p. 5).

[353] Zamir pone esta obligación en el contexto contractual de conformidad y no conformidad:

> Sobre la base de esta caracterización de las causas de no conformidad y a la luz de la experiencia común, se puede determinar que la parte que se compromete a suministrar el objeto (el vendedor, el arrendador, el contratista) suele ser quien puede prevenir o reducir más económicamente el riesgo de no conformidad. Normalmente, esa parte tiene más información y experiencia con respecto al objeto. Cuando ella es también el fabricante del producto o el ejecutor de la obra, puede tomar las precauciones necesarias para disminuir el peligro de defectos en el producto final. Si emplea a otras personas para realizar el trabajo, puede elegir trabajadores más confiables y quizás también supervisar su trabajo. Cuando compra el objeto o partes del mismo a otros proveedores, está en mejor posición para indagar sobre su fiabilidad y la calidad de sus productos. Tiene control sobre el objeto hasta su entrega al promitente, puede protegerlo de daños durante ese período y puede incluso influir en su uso después de su transferencia al promitente (es decir, mediante instrucciones de uso adecuadas).
>
> De hecho, la conducta del promitente también puede servir para reducir el riesgo de no conformidad. Como se mencionó anteriormente, puede especificar sus necesidades particulares y, a veces, puede intervenir en el proceso de producción para prevenir defectos. Por lo tanto, se debe alentar al promitente a prevenir la no conformidad en aquellos casos donde la prevención por su parte sea más barata que por parte del promisor. Sin embargo, estas consideraciones no pueden inclinar la balanza hacia la colocación del riesgo en el promitente. El tener en cuenta estas consideraciones sólo lleva a calificar la responsabilidad del promisor en ciertas circunstancias. Así, el riesgo de no conformidad con fines particulares, de los cuales el promisor no fue informado, debe recaer en el promitente. También es posible excluir la confianza del promitente en la

de revelar cualquier defecto[354] o problema conocido del producto, ya que ocultar dicha información podría generar daños a la otra parte. Esta vertiente no será objeto de mayor análisis y/o comparación en el presente estudio, pero cabe resaltar que este tema ha sido tratado legislativamente en ambos sistemas (*civil law* y *common law*) dentro del ámbito de los derechos del consumidor de manera similar.

Esta obligación se encuentra específicamente en el sistema legal anglosajón conocido como *common law* (como se detallará en el capítulo III). En el contexto contractual, se aplica la doctrina del "caveat emptor",[355] que gradualmente ha perdido fuerza en favor de la obligación de proporcionar información al consumidor. Esto se hace para proteger los derechos de los consumidores y abordar la creciente necesidad de que los vendedores u oferentes de productos suministren información antes de que se realice una transacción[356].

Por ejemplo, cuando un posible prestatario inicia los trámites para obtener un préstamo hipotecario, la entidad financiera está obligada a informar al prestatario sobre sus derechos y obligaciones[357], así como a proporcionar todas las notificaciones relacionadas con el futuro

no conformidad de la que era consciente en el momento de la fabricación, a menos que notificara de inmediato al promisor (en la medida en que tal notificación hubiera permitido a este último superar o reducir la no conformidad, o mitigar sus costos). (Zamir, E. (1991). Toward A General Concept of Conformity in The Performance of Contracts. *52 La. L. Rev. 1*, pp. 79-80).

[354] Roberts señala el deber de los vendedores de informar a los compradores sobre defectos materiales, lo cual podría considerarse una forma de deber de cuidado. (Roberts, F. (2011). Disclosure Duties in Real Estate Sales and Attempts to Reallocate the Risk. 34 Conn. L. Rev. 1, p. 53).

[355] La doctrina del "caveat emptor" ("let the buyer beware", que dice que el comprador de por sí debe darse cuenta de los errores del objeto que es material del contrato), será desarrollada al detalle en el capítulo III.

[356] En este sentido, Kessler trae un concepto interesante con respecto a esta dinámica del deber de informar, mencionando el "deber de honestidad del oferente" y el "deber de autoprotección del ofertante". (Cf. Kessler, F. (1964). Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. *Harvard Law Review*, *77, 3,* pp. 401-449).

[357] Tommasi discute la 'obligación de información correcta' y la 'prohibición de proporcionar información sobre hechos de los cuales no tiene conocimiento o no ha verificado'. Esto sugiere que el deber de cuidado se basa en la necesidad de precisión y honestidad en la información proporcionada. (Tommasi, S. (2012). *Prácticas comerciales desleales y regulación de la actividad negociadora*. Bari-Italia: Cacucci Editores, p. 118).

préstamo[358]. Esto se rige por leyes como RESPA,[359] TILA[360], FTC Act[361], ECOA[362], además de otras regulaciones[363] que establecen la obligación de brindar información[364].

[358] "Deber de cuidado" se refiere a la obligación del prestatario de cuidar la cosa que le ha sido prestada. Según el documento, se espera que el prestatario cuide el artículo con la misma diligencia que lo harían las personas más cuidadosas. Sin embargo, el nivel de cuidado requerido puede variar dependiendo de la naturaleza del préstamo. (Domat, J. (1850). The Civil Law in Its Natural Oder. Boston: Charles Little Y James Brown, pp. 293-294).

[359] Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.)

[360] Truth in Lending Act [TILA], 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.)

[361] Federal Trade Commission Act. [FTC Act]. 15 U.S.C. § 45 (1914).

[362] Equal Credit Opportunity Act, 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974).

[363] Consumer Credit Protection Act of 1968, CCPA (Ley de Protección de Crédito al Consumidor) (Estados Unidos). Esta ley protege los derechos de los consumidores en relación con su crédito.

Consumer Data Protection Act of 2023 (Ley de Protección de Datos del Consumidor) (Estados Unidos). Esta ley protege los datos personales de los consumidores.

Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act of Illinois of 1961 (Ley de Fraude al Consumidor y Prácticas Comerciales Engañosas de Illinois) (Illinois). Esta ley protege a los consumidores de prácticas comerciales fraudulentas y engañosas.

Consumer Product Safety Act of 1972, CPSA (Ley de Protección del Consumidor de Productos y Seguridad de la Información) (Estados Unidos). Esta ley regula la venta de la mayoría de los productos de consumo y protege a los consumidores contra productos inseguros.

Consumer Protection Act of 2010 (Ley de Protección al Consumidor en Estados Unidos) (Estados Unidos). Esta ley protege los derechos de los consumidores.

Consumer Protection Act of Tennessee of 1977 (Ley de Protección al Consumidor de Tennessee) (Tennessee). Esta ley protege los derechos de los consumidores.

Equal Credit Opportunity Act (ECOA), 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974) (Estados Unidos). Esta ley prohíbe la discriminación en cualquier aspecto de una transacción de crédito en función de raza, color, religión, origen nacional, sexo, estado civil o edad.

Fair Credit Reporting Act of 1970, FCRA (Ley de Informe Crediticio Justo) (Estados Unidos). Esta ley regula la recopilación, difusión y uso de la información de crédito del consumidor.

Fair Debt Collection Practices Act of 1977, FDCPA (Ley de Prácticas de Cobro de Deudas Justas) (Estados Unidos). Esta ley prohíbe ciertas prácticas de cobro de deudas y proporciona a los consumidores un medio para disputar y obtener la validación de las reclamaciones de deuda.

Federal Odometer Act of 1972 (Ley Federal del Odómetro) (Estados Unidos). Esta ley prohíbe la manipulación del odómetro de un vehículo de motor.

Federal Trade Commission Act, FTC Act of 1914 (Ley de Prácticas Comerciales Justas) (Estados Unidos). Esta ley promueve la competencia y protege a los consumidores de prácticas comerciales desleales.

Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938 (Ley de Etiquetado de Alimentos y Medicamentos) (Estados Unidos). Esta ley regula la seguridad y el etiquetado de alimentos, medicamentos y cosméticos.

Home Ownership and Equity Protection Act HOEPA of 1994 (Ley de Protección de la Propiedad y el Patrimonio de la Vivienda) (Estados Unidos). Esta ley protege a los consumidores de prácticas abusivas en refinanciaciones y préstamos con garantía hipotecaria con tasas de interés o tarifas altas.

Interstate Land Sales Full Disclosure Act of 1968 (Ley de Divulgación Completa de Ventas Interestatales de Tierras) (Estados Unidos). Esta ley regula la venta de lotes en subdivisiones que se comercializan y venden a través del comercio interestatal.

Magnuson-Moss Warranty Act of 1975 (Ley de Garantía Magnuson-Moss) (Estados Unidos). Esta ley regula las garantías en productos de consumo.

Patient Protection and Affordable Care Act of 2010, ACA (Ley de Protección del Consumidor de Seguros de Salud) (Estados Unidos). Esta ley protege los derechos de los consumidores en relación con los seguros de salud.

Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.). Esta ley requiere que los prestamistas, corredores de hipotecas o administradores de préstamos hipotecarios proporcionen a los prestatarios divulgaciones pertinentes y oportunas sobre la naturaleza y los costos del proceso de liquidación de bienes raíces.

Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.). Esta ley protege a los consumidores al requerir divulgaciones claras y precisas sobre los términos del crédito.

Uniform Voidable Transactions Act of 1984 (Ley Uniforme de Transacciones Anulables) (Estados Unidos). Esta ley proporciona a los acreedores el derecho de demandar a los deudores y cesionarios por transferencias fraudulentas o injustas de activos o propiedades.

Unfair and Deceptive Trade Practices Act of New York (Ley de Prácticas Comerciales Desleales Engañosas de 1970, Ley General de Negocios de NY Sección 349) (Nueva York). Esta ley protege a los consumidores de actos y prácticas engañosas. Tanto el Fiscal General como los consumidores tienen derecho a emprender acciones legales contra las empresas que cometan actos ilegales.

Unfair and Deceptive Trade Practices Act of North Carolina 1973 (Ley de Prácticas Comerciales Desleales Engañosas de Carolina del Norte) (Carolina del Norte). Esta ley prohíbe a las empresas participar en actos o prácticas comerciales injustos o engañosos.

c). Deber de negociar de buena fe[365] (también conocida como la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares "RINP"[366]): Este deber implica que las partes deben llevar a cabo las negociaciones de manera honesta, leal y justa[367]. Se espera que ambas partes actúen con sinceridad y no utilicen tácticas engañosas[368] o desleales para obtener una ventaja injusta. Esta vertiente de la CIC es conocida como la "ruptura injustificada [maliciosa] de negociaciones preliminares" en el derecho italiano y alemán. Esta vertiente de la CIC será la que sirva de herramienta para compararla con el *promissory estoppel* (PE) del *common law* americano, especialmente con la figura del misrepresentation (en el capítulo III y apéndice III), y del PE en el capítulo V (y apéndice IV).

Sin embargo, como también lo veremos más tarde en el capítulo V, los supuestos de engaño o mala fe no están incluidos en el tema de la PE (promissory estoppel) por cuanto dichos supuestos son parte del engaño o misrepresentation que lo estudiaremos en el capítulo III, dedicado al estudio comparativo de la CIC con el misrepresentation que tiene de por sí su consecuente correlato legal.

Uniform Voidable Transactions Act (Ley Uniforme de Transacciones Anulables de 2014, UVTA) (Estados Unidos). La Ley Uniforme de Transacciones Anulables (UVTA) es una ley que permite a los acreedores recuperar la propiedad que fue transferida por un deudor con la intención de defraudar, obstaculizar o engañarlos.

[364] Para un estudio más profundo del "duty to disclose" (deber de informar, en el contexto del Federal Trade Commission Act (FTC Act), que es la Ley de la Comisión Federal de Comercio (FTC Act, por sus siglas en inglés) que prohíbe métodos desleales de competencia y actos o prácticas desleales o engañosas en o que afecten el comercio, consultar el trabajo de Shell, R. (1988). Substituting Ethical Standards for Common Law Rules in Commercial Cases: An Emerging Statutory Trend. *82 Nw. U. L. Rev.,* pp. 1198 y ss.).

[365] Pardolesi señala la importancia de negociar de buena fe y la responsabilidad de no retirarse de las negociaciones sin una razón válida. (Pardolesi, P. (2011) El Estoppel Promisorio, La Promesa Unilateral Y la Culpa En Contrahendo: ¿Relaciones Peligrosas? *En Seminario de Derecho Privado Comparado de la Universidad de Bari Aldo Moro, Facultad de Derecho en Toronto*. Bari: Cacucci Editore, pp. 383-384).

[366] Dentro de este deber de negociar de buena fe, existen tres subtipos: 1). Ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP). 2). Celebración de un contrato que resulta inválido posteriormente y cuya invalidez resulta a consecuencia de la violación de la buena fe precontractual. 3). Celebración de un contrato válido pero desventajoso para una de las partes como consecuencia de la actuación desleal de la otra en la fase precontractual, así como lo exponen García, M. y Otero, M. (2010). La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Contractual Europeo. *Revista para el Análisis del Derecho,* 2-62, p. 33).

[367] En este tercer grupo de casos Arenas-García, con respecto a la CIC, se refieren a los casos donde se produce la nulidad de un contrato cuando uno de los contratantes conocía de esta nulidad o es responsable de la misma Arenas García, R. (2007). La Regulación de la Responsabilidad Precontractual en el Reglamento Roma II. *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, VII, p. 320).

[368] Nickel piensa que el "dolus" (engaño) es un elemento clave en algunos casos y menciona el concepto de "Treu und Glauben" (buena fe) en relación con la culpa in contrahendo, en el sentido de evitar crear impresiones falsas durante las negociaciones contractuales (Nickel, C. (2004). *Las consecuencias jurídicas de la culpa in contrahendo*. Berlin: Duncker y Humblot, pp. 144-145).

Estos tres escenarios son de gran relevancia y representan las principales áreas que examinaremos en este capítulo[369]. Pondremos un énfasis particular en la tercera vertiente (RINP) ya que será objeto de comparación en los capítulos III y V de este trabajo.

2. Vertientes de la CIC

Ahora bien, la responsabilidad precontractual es la que entendemos dentro del *civil law* como un escenario de responsabilidad anterior a la comisión del contrato que se deriva de una acción, omisión, hecho o situación anterior a la realización del contrato[370]. En esencia, la culpa in contrahendo abarca estas tres vertientes de obligaciones impuestas por la ley, cuyo incumplimiento de cualquiera de estos deberes puede dar lugar a la obligación de indemnizar.

2.1. Deber de cuidado o de protección [371]

2.1.1. Introducción

Como se mencionó en el primer capítulo, cuando estudiamos a Siber[372] y los tratadistas posteriores a Ihering, el caso emblemático[373] que marca el inicio de los casos sobre el deber de protección[374] en la doctrina alemana es el caso del linóleo o *Linoleonfall*[375]. Como recordamos,

---

[369] Un cuarto grupo de casos, como lo describen Arenas-García (2007, p. 323) se refiere a aquellas situaciones en las cuales una de las partes se niega a perfeccionar el contrato, pero estos casos son vistos en el *common law*, como situaciones de "specific performance", o sea de conminar a la otra parte a que cumpla con su promesa, y no tienen mayor relevancia en el contexto de la responsabilidad precontractual (Arenas García, R. (2007). La Regulación de la Responsabilidad Precontractual en el Reglamento Roma II. *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, VII, p. 323).

[370] Arenas García, R. (2007). La Regulación de la Responsabilidad Precontractual en el Reglamento Roma II. *Anuario Español De Derecho Internacional Privado,* VII, 315-339, p. 319.

[371] Canaris (1965) cree que existen "deberes especiales de cuidado, custodia, información, etc." que existen entre las partes antes de que se forme un contrato (Canaris, C. (1965) Reclamaciones por Incumplimiento Positivo del Contrato y Efecto a Terceros en el Caso de Cantidades Nulas. *Revista de Derecho Alemán y de Jurisprudencia del Sur de Alemania*, 473-483. Munich: Editorial JCB Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, p. 476).

[372] Para Siber, "deber de cuidado" se refiere a la obligación de cuidar de algo, ya sea una persona, un objeto o una propiedad. Esta obligación puede surgir de un contrato, de la interpretación de un contrato o de un deber legal. A veces se utiliza de manera inexacta para referirse a obligaciones que realmente no encajan bajo esta definición. En inglés, se traduce como "duty of care" y se entiende como una reducción del derecho del acreedor y la obligación del deudor. El deber de cuidado se determina mediante el estándar objetivo de lo que se requiere en la situación dada, pero el elemento subjetivo de la culpa queda a discreción de los tribunales (Siber (1914). Culpabilidad en Incumplimiento del Contrato. En Strohal, E. (editor) *El Comentario de Planck al Código Civil* (*Plancks Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*) II, 1, 4.a ed. Berlín: Gutentag Verlagsbuchhandlung, pp. 186-190, 220-222, 305.)

[373] Tomás Martínez llama "emblemático" este caso en relación con el sistema de responsabilidad precontractual del derecho alemán (Tomás Martínez, G. (2010). Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (Culpa in Contrahendo) en la Armonización Jurídica Europea. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, *17, 1*, p. 202).

[374] Groeschke considera que la responsabilidad se deriva del deber de velar por la salud y los bienes de la otra parte en una relación precontractual (Groeschke, P. (1993). *El problema de la torre de la deuda en el acceso a las obligaciones precontractuales.* Frankfort: Peter Lang p. 62).

[375] Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

este caso, influenciado por la teoría de Leonhard, involucra la responsabilidad del vendedor[376] de telas cuyo empleado deja caer dos rollos de telas pesadas sobre la potencial clienta y su hija menor de mientras están en negociaciones o tratativas. [377]

El Tribunal imputó responsabilidad por los daños sufridos por la clienta y su hija al dueño del negocio a partir de los postulados del numeral 278 del BGB (Código Civil Alemán de 1900, anterior a la enmienda del 2002) que planteaba la llamada responsabilidad objetiva o vicaria en su artículo 278: "El obligado es responsable de la culpa por parte de su representante legal y de las personas cuyos servicios utiliza para cumplir con su obligación, en la misma medida en que es responsable por su propia culpa."[378]

Por su parte el numeral 831 del BGB de 1900 estipulaba:

> 1. Una persona que despliega a otra persona para realizar una tarea es responsable de indemnizar por el daño que la otra persona cause ilegalmente a un tercero al realizar la tarea. La responsabilidad civil no se aplica si el principal ejerce la diligencia debida en las operaciones comerciales al seleccionar a la persona desplegada y, en la medida en que deban adquirir dispositivos o equipos o gestionar la actividad empresarial, en dicha adquisición o gestión, o si el daño se habría producido incluso si se hubiera ejercido esta diligencia.
>
> 2. La misma responsabilidad incumbe a una persona que asume el cumplimiento de una de las transacciones especificadas en el párrafo 1, frase 2, para el principal por contrato.

Por su parte, Cabanillas Sánchez (2015) pronunciándose sobre este tema, opina:

> El caso del linóleo es esencial para que empiece a considerarse en el Derecho alemán la posibilidad de que los deberes precontractuales no sólo sean de información y lealtad, sino también de protección de la integridad física o los bienes de la otra parte.
>
> Un importante sector de nuestra doctrina, así como de la italiana, no considera que el caso descrito dé lugar a responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo),

[376] Para Ferrer Vanrell el término "deber de cuidado" se refiere a la obligación de un profesional de cumplir con sus deberes utilizando el conocimiento técnico y el cuidado que razonablemente se espera de ellos, teniendo en cuenta las expectativas legítimas del consumidor. Esto implica que los profesionales deben actuar con un nivel de competencia y diligencia acorde con las normas de su campo y con las necesidades y derechos del consumidor, asegurándose de que sus acciones o inacciones no causen daño innecesario o perjuicio. (Ferrer Vanrell, M. y Martínez Cañellas, A. (2009). *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales*. Madrid: Dykinson, p. 83).

[377] Para García Rubio, la buena fe es el elemento clave de la CIC en los deberes de protección García Rubio, M. (1991). *La responsabilidad precontractual en el derecho español.* Madrid: Tecnos, pp. 54-55).

[378] Código Civil Alemán [BGB], 1900. (Alemania).

> argumentando que el mismo y cualesquiera otros semejantes pertenecen al terreno de la pura responsabilidad extracontractual.
>
> Se dice que el Derecho español (también el italiano) conoce una cláusula general de responsabilidad civil que hace innecesario el recurso a la relación jurídica de protección y aleja supuestos como el del linóleo del marco de la culpa in contrahendo (pp. 780-781)

En este sentido, Luján Sandoval (2017) piensa que los alcances doctrinarios de este caso del linóleo hubieran sido distintos si se hubiese prescindido del numeral 278 del BGB, y en su reemplazo se hubiese utilizado el numeral 831 del BGB, ya que el párrafo 1 de este numeral 831 da la posibilidad de que el principal demuestre que utilizó su diligencia adecuada, con lo cual dejaría al agente como único responsable frente a la víctima (p. 243).

Ahora bien, el incluir este deber de protección dentro de los trebejos de la CIC, como primera vertiente de esta teoría, no se ve mellado por el hecho de sugerir su tratamiento bajo el sistema de responsabilidad extracontractual (*neminem laedere* o *alterum non laedere*[379] o la "obligación de no dañar a un tercero" del numeral 1902 del CC español).[380]

Sin embargo, como lo veremos más adelante, en el sistema de responsabilidad extracontractual del *common law*, es irrelevante que el principal demuestre que ejercitó su debida diligencia, puesto que el hecho de que las telas caigan sobre un potencial cliente es prueba de que hubo alguna negligencia en la forma de organizar las telas y era en todo caso previsible que pudieran caerse encima de una persona, con lo cual la imputación de responsabilidad es objetiva y vicaria, o sea la negligencia del empleado[381] se le imputa objetiva y vicariamente al dueño del negocio[382].

---

[379] Por su parte Estevill menciona la importancia del principio de "alterum non laedere" (no dañar a otros) como base para la responsabilidad civil. Este principio podría considerarse análogo al deber de cuidado (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, pp. 1101-1102).

[380] Cabanillas Sánchez lo explica de la siguiente manera: "Utilizar el artículo 1902 del Código Civil no resulta un argumento persuasivo en contra de incluir este caso en el contexto de la responsabilidad precontractual, tal como se ha explicado previamente al abordar el problema de su naturaleza. Es crucial resaltar que, para que la responsabilidad precontractual derivada de la violación de un deber de protección pueda ser considerada de manera rigurosa, es necesario que el daño ocurra en la integridad física o en los bienes de una de las partes durante el transcurso de las negociaciones contractuales" (Cabanillas Sánchez, A. (2015). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 628, 747-788*. Madrid, pp. 782-783).

[381] Oughton y Davis, mencionan que un empleado implícitamente se compromete a utilizar un cuidado y habilidad razonables (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 240).

[382] Por ejemplo, en los negocios de transacciones bancarias, el "Deber de cuidado" -para Franzoni- se refiere al deber que tiene un banco de proteger los intereses de las partes involucradas en una transacción. Este deber surge del "contacto social" o interacción social que se produce entre el banco y la parte interesada. (Franzoni, M. (2013). El contacto social no sólo es relevante para el médico. *Revista IUS ET VERITAS, N° 46*, p. 44).

Todos estos temas los veremos en detalle a continuación, pero primero veamos la parte histórica del deber de protección o de cuidado, remontándonos al estudio del Digesto romano.

2.1.2. Tratamiento del deber de cuidado en el Digesto

Como nota histórica traemos a colación algunas cita del Digesto del Emperador Justiniano (en adelante "El Digesto")[383] con respecto al deber de cuidado o de protección, con el fin de entender cuál es la base jurídica que sostiene tal obligación en el sistema romano. Vamos a proceder a organizar las citas pertinentes en el siguiente cuadro, para luego proceder a realizar un breve análisis.

Referencia del Digesto	Cita textual del Digesto
3.1 (1.15)	3. Paulus, Sobre los Deberes del Prefecto de la Guardia Nocturna. De hecho, Augusto consideraba que la seguridad de la República no podía ser mejor protegida que por él, y que nadie estaba tan capacitado para la tarea como el Emperador. Por lo tanto, destacó siete cohortes en lugares adecuados, para que cada cohorte pudiera proteger dos barrios de la ciudad; estas estaban comandadas por tribunos, y por encima de ellos se encontraba un oficial superior designado como el Prefecto de la Guardia Nocturna. (1) El Prefecto de la Guardia Nocturna se encarga de los incendiarios, ladrones, rateros, asaltantes y encubridores de criminales, a menos que el culpable sea tan feroz y notorio que sea entregado al Prefecto de la Ciudad. **Y dado que, en su mayoría, los incendios son causados por la negligencia de los habitantes, o bien hace azotar a aquellos que han sido descuidados en cuanto al fuego, o perdona el castigo y les da una severa advertencia**.
54.2 (5.2)	54. Julianus, Digesto, Libro VI. (2) Cuando los edificios y terrenos se han deteriorado **debido a la negligencia del poseedor**; por ejemplo, cuando viñedos, huertos o jardines han sido cultivados de una manera que no era similar a la empleada por el propietario fallecido; **el poseedor debe permitir una evaluación** de los daños en el tribunal para determinar en qué medida la propiedad ha disminuido en valor.
16.1-parr (6.1)	16. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXI. (1) No se considera un caso de **negligencia** cuando el poseedor despacha un barco, que es objeto de litigio, a través del mar en un momento adecuado, incluso si se pierde**; a menos que lo haya confiado al cuidado de personas incompetentes**.

[383] Emperador Justiniano. (530). Digesto del Emperador Justiniano. Recuperado de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm (Traducido por Samuel P. Scott, Cincinnati 1932) [Consulta: 13 de junio de 2023]. En adelante "El Digesto".

1.1-4 (9.3) Ley Aquilia	1. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXIII. El Pretor dice con respecto a aquellos que arrojan o derraman algo: Donde se arroja o derrama algo desde cualquier lugar en un lugar donde las personas suelen pasar o estar, **concederé una acción contra la parte que reside allí por el doble del monto del daño causado**. Si se alega que un hombre libre ha sido asesinado por un golpe de algo que cayó, concederé una acción por cincuenta áureos. Si la parte está viva y se dice que está herida, concederé una acción por una cantidad que parezca justa al juez para que se ordene a la parte demandada que pague. Si se alega que un esclavo cometió el acto sin el conocimiento de su amo, agregaré a la petición en el caso las palabras "O entregue al esclavo a modo de reparación". (1) Nadie negará que este Edicto del Pretor es de gran ventaja, ya que es para el bienestar público que las personas puedan transitar por las carreteras **sin temor ni peligro**. (2) Sin embargo, hace muy poca diferencia si el lugar es público o privado, siempre y cuando las personas pasen comúnmente por allí; porque el Pretor tenía en mente a personas que estaban yendo a su camino, y no se prestó atención especial a las carreteras; porque esos lugares por los que las personas pasan comúnmente **deben tener la misma seguridad**. Si, sin embargo, hubo un momento en que las personas no pasaban comúnmente por ese camino, y luego algo se arroja o derrama mientras el lugar estaba cercado, pero solo después comenzó a ser utilizado para el tránsito; la parte no será responsable bajo este Edicto. (3) Donde algo cae mientras está colgado, la mejor opinión es que se debe considerar que fue arrojado; por lo tanto, cuando algo se derrama de un recipiente que está suspendido, incluso sin la intervención de nadie, se debe decir que el Edicto es aplicable. (4) Esta acción *in factum* se concede contra la parte que se alojó en la casa en el momento en que algo fue arrojado o derramado, y no contra el dueño de la casa, porque la culpa recae en la primera. No se menciona la negligencia ni que el demandado niega el hecho, con el fin de autorizar una acción por daños dobles, aunque ambos asuntos se mencionan como base para una acción por daño injusto.
13-parr (19.2)	13. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII.* También se hace la pregunta, cuando el conductor de un vehículo, al tratar de adelantar a otros, vuelca a uno y hiere o mata a un esclavo, ¿qué curso debe seguir? Creo que una acción sobre la contratación le perjudicará, porque **debería haber sido más cuidadoso**. Además, se le concederá una acción pretoriana bajo la *Lex Aquilia.*
13.1 (19.2)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (1) Si el capitán de un barco recibiera un cargamento para ser llevado a Minturn?, y, como su barco no pudo remontar el río, debe transferir la

	mercancía a otro que se perdió en la desembocadura del río; en este caso, el primer capitán será responsable. Labeo dice que, **si no fue culpable de negligencia, no será responsable**; pero si obró contra el consentimiento del dueño, o transfirió la carga en tiempo en que no debía hacerlo, o la cargó en un buque menos marinero que el suyo; puede ejercitarse contra él una acción de contratación.
5.9 (13.6)	5. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXVIII. (9) Se debe ejercer tanta **diligencia** con respecto a la propiedad prestada para su uso, que también debe aplicarse con respecto a lo que sigue a la propiedad en cuestión; como, por ejemplo, si te presté una yegua que iba acompañada de un potro, las antiguas autoridades sostenían que también estabas obligado a usar el **cuidado adecuado** en el trato del potro.
18-parr (13.6)	18. Gaius, sobre el edicto provincial, Libro IX. Cuando se presta propiedad, se debe ejercer **la misma diligencia que un cabeza de familia muy cuidadoso emplea con respecto a su propia propiedad**, de modo que no sea responsable por un accidente, excepto aquellos que no pueden resistirse; como, por ejemplo, las muertes de esclavos que ocurren sin malicia ni negligencia de su parte, los ataques de ladrones y enemigos, las estratagemas de piratas, los naufragios, los incendios y la fuga de esclavos a los que no es común mantener bajo custodia. Con respecto a lo que hemos dicho acerca de los ladrones, piratas y naufragios, debemos entender que se refiere a los casos en que se ha prestado propiedad a una persona de tal manera que pueda llevarla consigo en un viaje; sin embargo, si presté plata a alguien porque dijo que iba a invitar a algunos amigos a cenar, y se la lleva fuera del país, no cabe duda de que será responsable de cualquier cosa que ocurra debido a los actos de piratas y ladrones, o por motivo de un naufragio. Esto es válido cuando la propiedad se prestó solo como un favor al prestatario, pero si se hizo en beneficio de ambas partes, por ejemplo, cuando invitamos a un amigo en común a cenar, y te encargas de gestionar el asunto, y yo te presto la vajilla; soy consciente de que algunas autoridades sostienen que solo eres responsable por mala fe, pero debe considerarse si no eres también responsable por negligencia, ya que la determinación de la negligencia se realiza habitualmente según el mismo principio que cuando se entrega propiedad en prenda o como dote.
14-parr (13.7)	14. Paulus, On the Edict, Book XXIX. Por lo tanto, se requiere **la misma diligencia que un cabeza de familia cuidadoso suele ejercer en sus propios asuntos por parte del acreedor**.
7.1 (14.1)	7. Africanus, Preguntas, Libro VIII. (1) En ocasiones, se debe considerar si el dinero se prestó en un lugar donde lo que se avanzó como préstamo podría obtenerse; como dice Africano, ¿qué sucedería si alguien prestara dinero para comprar una vela en una isla de tal descripción que una vela no se pudiera obtener allí en ninguna circunstancia?

	Y, en general, **el acreedor está obligado a ejercer cierto cuidado en la transacción**. (2) Casi la misma regla se aplica cuando se hace una consulta con respecto a la acción institoria; en este caso también, **el acreedor debe saber que la compra de la mercancía para la cual se nombró al esclavo era necesaria; y será suficiente si hizo el préstamo con este fin, pero no se requerirá también que él mismo se encargue de averiguar si el dinero se gastó para este propósito**. El principio de la tenencia en común se aplica no solo al barco sino también a la carga, a menos que se disponga lo contrario; el capitán, considerado como el agente de confianza de los propietarios, se considera investido tácitamente con autoridad para obligarlos sin su consentimiento en todos los asuntos relacionados con la gestión general y la navegación del barco; una regla de antigüedad desconocida, pero que obviamente se deriva de las primeras edades del comercio. Él es personalmente responsable de sus contratos, de los cuales, sin embargo, puede obtener exención por acuerdo especial. Al igual que en el caso de un copropietario, puede vender o hipotecar toda o parte de la carga, así como el barco, si surge un peligro repentino contra los demás cuya mercancía se salvó, para que la pérdida se distribuya proporcionalmente. Servio, de hecho, respondió que deberían proceder contra el capitán del barco en virtud del contrato de transporte para obligarlo a devolver la mercancía de los demás, hasta que compensen su parte de la pérdida. Incluso si el capitán retiene la mercancía, en cualquier caso, tendrá derecho a una acción en virtud del contrato de transporte contra los pasajeros.
1.35 (16.3)	1. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXX. (35) A menudo sucede que la propiedad o el dinero que se deposita se dejan al riesgo de la parte a quien se le confía, por ejemplo, cuando las partes han acordado esto especialmente. Sin embargo, Julio declara que, si alguien se ha ofrecido como depositario, asume el riesgo del depósito, **de modo que debe ser responsable no sólo por el fraude, sino también por la negligencia y la custodia**, pero no por accidentes.
32-parr (16.3)	32. Celsus, Digesto, Libro XI. Aunque la afirmación de Nerva de que **la negligencia grave es fraudulenta** no es aceptada por Proculus, me parece perfectamente cierta. **Incluso si alguien no es tan diligente como lo requiere la naturaleza humana, aún así no estará libre de fraude si no muestra la misma solicitud con respecto a un depósito que es habitual en él**. La buena fe no se mantendrá si demuestra menos diligencia con respecto a dicho depósito que la que exhibe con respecto a su propia propiedad.
35-4 (18.1)	35. Gaius, sobre el edicto provincial, Libro X. (4) Si la propiedad que se compra se pierde por robo, primero se debe considerar lo que se acordó entre las partes con respecto a su custodia. Si no parece haberse llegado a un acuerdo, **se debe exigir al vendedor el mismo cuidado en su custodia que ejercería un buen cabeza de familia con respecto a su propia propiedad**[384]. Si él usó dicho cuidado y, sin embargo, la

[384] Novoa hace una atingencia importante con respecto a la custodia que la obligación de custodia y conservación, impone un deber de proteger y tomar custodia de todo lo que ha sido entregado por la otra parte durante las negociaciones preliminares. (Novoa, R.

	propiedad se perdió, estará protegido, ya que puede ceder su derecho de acción para recuperarla, así como su derecho de acción personal al comprador. Por lo tanto, debemos considerar la posición legal de aquel que vende propiedad perteneciente a otro, ya que no tiene derecho a una acción para recuperarla ni a una acción personal tampoco. Por esta razón, se debe dictar sentencia en su contra, porque si hubiera vendido su propia propiedad, habría podido ceder estos derechos de acción al comprador.
2.1 (18.6)	2. Gaius, Ocurrencias Diarias, Libro II. (1) Además, veamos de qué manera debe cuidar el vendedor del vino antes de que llegue el momento designado para medirlo; ¿**debe ejercer una diligencia exacta u ordinaria**, o solo es responsable por fraude? Creo que el vendedor debe ejercer simplemente una **diligencia ordinaria** y que está exento en caso de accidentes inevitables o la manifestación de fuerza superior.
36-parr (19.1)	36. Paulus, On Plautius, Libro VII. El vendedor de una casa debería celebrar una estipulación relativa a posibles daños antes de transmitirla, **porque está obligado a ejercer el debido cuidado y diligencia antes de entregar la posesión de la propiedad**, y hacer tal estipulación forma parte de dicho cuidado y diligencia. Por lo tanto, si descuida hacerlo, será responsable ante el comprador.
9.5 (19.2)	9. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro *XXXII*. Celsus también afirma en el Octavo Libro del Digesto que la **falta de habilidad debe ser equiparada a la negligencia**. Cuando una parte alquila terneros para ser alimentados, o ropa para ser reparada, o un artículo para ser pulido, debe ser responsable por negligencia, y **cualquier error que cometa por falta de habilidad se considera negligencia**, porque alquila la propiedad en calidad de artesano.

En el derecho romano, la obligación de cuidar y proteger la propiedad ajena y evitar dañar a terceros era una norma fundamental, cuya infracción por negligencia conllevaba diversas sanciones[385].

En el ámbito público, como lo ilustra el caso del Prefecto de la Guardia Nocturna, se encargaba de proteger a la comunidad de amenazas como incendios y delitos. La negligencia en la

(2005). Culpa In Contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean Law and The United Nations Convention on Contracts for The International Sale Of Goods (CISG). *22 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 583,* pp. 593-594).

[385] En este contexto del derecho de daños, Coester sugirire que el deber de cuidado es una obligación legal actuar de cierta manera para evitar dañar a otros. (Cf. Coester, M. & Markesinis, B. (2003) Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Methodology. *51 Am. J. Comp. L.* pp. 301-302).

prevención de incendios podía resultar en castigos o severas advertencias, demostrando la importancia de la diligencia[386] en el mantenimiento de la seguridad pública[387].

En la esfera privada, la negligencia en el cuidado de propiedades, como los edificios y terrenos, tenía consecuencias económicas. Por ejemplo, si un terreno se deterioraba por descuido, el responsable debía permitir una evaluación de los daños y asumir las pérdidas en valor.

En actividades como el transporte marítimo, el capitán de un barco tenía la responsabilidad de proteger la carga. Si ésta se perdía por decisiones negligentes, como transferirla a un barco inseguro, el capitán enfrentaba responsabilidades legales.

El derecho romano también abordaba situaciones en las que objetos lanzados o derramados desde edificaciones causaban daño a terceros. En tales casos, se concedían acciones legales contra quienes residían en el lugar del incidente, reflejando la obligación de no causar daño[388] a otros[389] y la responsabilidad que conllevaba la negligencia.

Además, se esperaba que aquellos a quienes se les prestaba propiedad ejercieran un cuidado similar al de un "cabeza de familia muy cuidadoso"[390]. La falta de este nivel de diligencia podía resultar en responsabilidad por daños accidentales[391].

Así, el derecho romano establecía un claro deber de cuidado y protección, tanto en el manejo de la propiedad propia como en la interacción con la propiedad ajena[392] y con terceros,

---

[386] Moisá piensa que el "deber de cuidado" es un deber general de prudencia y diligencia. No es técnicamente una obligación, sino más bien un deber que está vinculado al cumplimiento de la disposición (Moisá, B. (2014). Los deberes secundarios de conducta y la falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado. *Revista Advocatus Univesidad de Lima, No. 30*, pp. 184-185).

[387] Para Massimo Franzoni se refiere a la responsabilidad de varias personas de cuidar a otros, como la responsabilidad de un tutor de cuidar a una persona incapacitada, o la responsabilidad de un maestro de cuidar a un estudiante. (Franzoni, M. (2013). El contacto social no sólo es relevante para el médico. *Revista IUS ET VERITAS, N° 46,* pp. 41-42).

[388] Para Estevill, el "deber de cuidado" se refiere al deber responsabilidad que uno tiene para evitar causar daño a otra persona, o sea no causar daño a otra persona, y la importancia de ser prudente y respetuoso en las interacciones con los demás. (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, p. 797).

[389] Según Gómez Calle, el "deber de cuidado" probablemente caería bajo la categoría de protección, que se describe como relacionada con la integridad y la propiedad de la otra parte. (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, p. 28).

[390] Amayuelas pone énfasis entre el vínculo del deber de cuidado con la obligación de ser cuidadoso. (Amayuelas, E. (2009) Los Principios del Derecho Contractual Comunitario. *Anuario de Derecho Civil*, LXI, I, p. 237).

[391] Zamir ha puesto énfasis en el deber de diligencia y habilidad (due care and skill) en el contexto contractual: "El promitente, que tiene el control directo o indirecto del objeto, debe ser instado a tomar precauciones contra lesiones y daños que puedan ser prevenidos económicamente. En este sentido, no hay una diferencia esencial entre un promitente profesional y uno no profesional." (Zamir, E. (1991). Toward A General Concept of Conformity in The Performance of Contracts. *52 La. L. Rev. 1,* pp. 78*).* En el mismo sentido Burton, menciona el 'convenio implícito de cuidado debido (implied covenant of due care). Ver Burton, S. (1995). *Principles of Contrat Law.* Minessota, EE.UU.: Thomson West, pp. 369 y ss.

[392] Domat manifiesta que el arrendatario está obligado a utilizar la cosa que alquiló de manera adecuada y cuidadosa, y no hacer ni permitir nada que pueda perjudicar al arrendador (Domat, J. (1850). The Civil Law in Its Natural Oder. Boston: Charles Little Y James Brown, p. 610).

subrayando la importancia de la responsabilidad y la diligencia para el mantenimiento del orden y la justicia en la sociedad.

Con este contexto histórico, podemos concluir que la noción del deber de cuidado o protección tiene sus raíces en la antigua Roma. El Digesto, un texto romano, nos proporciona evidencia de cómo la sociedad romana se organizaba en torno a principios generales como la justicia, prudencia[393], la buena fe y la diligencia[394]. Al analizar estos textos romanos, podemos apreciar que el concepto del deber de protección o cuidado estaba relacionado con la responsabilidad de actuar con el mismo cuidado que un "pater familis" (padre de familia)[395] usaría para proteger sus propios bienes. En Roma, se imponía un deber de cuidado respaldado por la diligencia[396] común[397], y su incumplimiento (negligencia) conllevaba sanciones, como la obligación de indemnizar.

Este concepto del deber de protección, que se deriva del deber impuesto por la ley de cuidar (*duty of care*[398] en el *common law*[399]), es la inspiración moderna[400] para el sistema de

---

[393] El "deber de cuidado", nos dice De la Puente y Lavalle, se basa en la idea de que las partes involucradas en una negociación deben actuar con diligencia y prudencia para proteger los intereses de la otra parte (De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Artículo 1362*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, p. 356). Asimismo, Hill manifiesta que el deber de cuidado está relacionado con la obligación de actuar con precaución o prudencia razonable para evitar dañar a otros. (Hill, A. (1973). Damages For Innocent Misrepresentation. *73 Colum. L. Rev.* pp. 685-686).

[394] Para Rodríguez de las Heras, el deber de cuidado se vincula con el deber de diligencia (Rodríguez De Las Heras Ballell, T. (2015). La Etapa Precontractual en la Contratación Mercantil. *Estudios Sobre el Futuro Código Mercantil: Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz Getafe*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 1816).

[395] El estándar que usa Mosset Iturraspe para describir el deber de cuidado es de una persona racional en similares circunstancias que toma precauciones razonables (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, p. 56).

[396] "Quien no tenga el debido cuidado actúa negligentemente" piensa Moisá, B. B. (2014). Los deberes secundarios de conducta y la falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado. *Revista Advocatus Univesidad de Lima, No. 30*, p. 179.

[397] El sentido del deber de cuidado se refiere en el contexto del deber de no dañar a terceros. Sin embargo, Ihering interpreta el "deber de cuidado" derivado de la obligación de actuar con diligencia cuando se ingresa a un contrato. (Von Ihering, Rudolf. (1861) *Culpa in contrahendo o Indemnización por Contratos Nulos o Sin Perfeccionar.* Berlín: Bad Homburg, pp. 87-90).

[398] "Duty of care" puede también se usado en un contexto contractual, así Oughton y Davis mencionan la necesidad de que los bancos y otras instituciones financieras tomen "medidas razonables" para asegurarse de que una persona esté entrando en un contrato libremente y con conocimiento de los riesgos involucrados. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, pp. 587-588).

[399] No se debe confundir el concepto de "duty of care" del sistema extracontractual con el de "due care and skill" del sistema contractual. Zamir explica este concepto en el contexto de conformidad contractual:

> El concepto de 'conformidad' o 'no conformidad' tiene varios significados en el derecho contractual, en diferentes niveles de abstracción. En el sentido más abstracto, puede verse como sinónimo del término 'incumplimiento'. Los contratos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*), y el cumplimiento debe ajustarse al acuerdo. En este sentido, es posible describir todo acto u omisión contrario a un contrato en términos de conformidad o no conformidad. Por ejemplo, cuando un promitente está obligado a actuar con la debida diligencia y habilidad [*due care and skill],* y actúa negligentemente, su conducta no se ajusta a su obligación. De manera similar, cuando el Código Comercial Uniforme (U.C.C.) define (en la Sección 2-106(2)) bienes o conducta como 'conformes' al contrato siempre que estén 'de acuerdo con las obligaciones bajo el contrato', puede tener ese mismo amplio significado. (Zamir, E. (1991). Toward A General Concept of Conformity in The Performance of Contracts. *52 La. L. Rev. 1*, pp. 39-40).

[400] En el contexto del drecho anglo-australiano, Hiscock menciona que en el derecho anglo-australiano, el concepto de proximidad se utilizó para establecer un deber general de cuidado en la negligencia. (Hiscock, M. (1996). The Keeper of The Flame: Good Faith and Fair Dealing in International Trade. 29 Loy. L.A. L. Rev. pp. 1059 y ss.).

responsabilidad extracontractual[401]. Sin embargo, cuando se trata del caso del linóleo, el sistema de responsabilidad extracontractual en Alemania era ineficiente, por lo que tuvieron que vincular la obligación de indemnización con un marco contractual, a diferencia del sistema romano en el cual la obligación de cuidado se derivaba del orden público que protegía los derechos de terceros y la consiguiente obligación de no causarles daño, al igual que el moderno sistema del common law.

Asimismo, en España, por ejemplo, el numeral 1902 del Código Civil español[402] tiene una impresionante semejanza con este sistema extracontractual romano, cuyo fundamento se enanca en el deber de no dañar a terceros (*neminem laedere* o *alterum non laedere*).

En este contexto, procederemos a analizar el caso del linóleo y posteriormente examinaremos su naturaleza jurídica.

2.1.3. Análisis del caso "Linóleo"o *Linoleonfall* [403]

La sentencia del Tribunal alemán narra los hechos de una señora que junto a su hija van a comprar a una tienda de telas. Al entrar a la tienda, le dicen al dependiente de la tienda que le saque un rollo de la tela que querían comprar, y al momento de sacar ese rollo, cayeron otros dos rollos más sobre la señora y la hija, ocasionando heridas a ambas.

Si bien es cierto no existe contrato, el Tribunal argumentó que existió una relación contractual preparatoria[404]. Como vimos anteriormente en el Capítulo I, éstas son las ideas de la doctrina posterior a Ihering, frente a las falencias del sistema extracontractual alemán que no abrigaba la posibilidad de indemnizar a la parte afectada por razones patrimoniales, sino solamente por la afectación al cuerpo y la salud[405]. De modo que, la CIC fue la respuesta para dar cobertura a aquellas situaciones desprotegidas por el sistema extracontractual creando la ficción de que la

[401] Según Cartwright, el deber de cuidado surge siempre que la buena fe y el trato justo lo requieran. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, p. 242).
[402] El artículo 1902 del Código Civil español se refiere a la responsabilidad extracontractual. Este artículo establece que la persona que cause un daño por acción u omisión, mediante culpa o negligencia, está obligada a reparar dicho daño causado a otra persona (Código Civil español [CCE], 1902, aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).
[403] Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).
[404] Según Kovac, El caso "linóleo o Linoleonfall" se basa en el establecimiento de una relación legal entre las partes en preparación para una compra, y el deber de cuidado que tanto el vendedor como el comprador potencial tienen el uno con el otro. Parece haber surgido de un incidente en el que un asistente de ventas causó la caída de dos rollos de linóleo, lesionando a un cliente y a su hija. (Kovac, M. (2019). Culpa in Contrahendo, Promissory Estoppel, Pre-Contractual Good Faith and Irredeemable Acts. En *Asian Journal of Law and Economics*; Berlín Tomo 10, Nº 1, p. 17).
[405] Nos referimos al antiguo numeral 309 del BGB de 1900. Código Civil Alemán [BGB], 1900. (Alemania).

relación contractual empieza en la etapa "in contrahendo", o sea en la etapa preparatoria[406]. En este caso del linóleo o *Linoleonfall*[407] vemos cómo el Tribunal parcialmente acoge por primera vez el postulado de la CIC en el sentido de socorrer a la demandante que no tenía una relación contractual con la tienda pero que sufre danos no cubiertos por el sistema extracontractual imperante en Alemania.[408]

Como podemos apreciar, la obligación indemnizatoria en este caso nace a partir de una imputación objetiva que la ley hace a partir de un tramado cuasi contractual donde un dependiente de una tienda entra en tratos preparatorios contractuales con una posible clienta. A partir de allí nace un deber de cuidado, cuya violación genera un daño que por culpa del dependiente *in contrahendo* tiene que resarcir[409].

2.1.4. Naturaleza jurídica del deber de cuidado[410]

A partir del análisis del caso de linóleo, acometemos ahora la tarea de desentrañar la esencia de la naturaleza jurídica de esta vertiente de la CIC. Recordamos que en el capítulo I vimos detalladamente el intenso debate que se vierte sobre la naturaleza jurídica de la CIC desde el campo

[406] Similarmente Cabanillas Sánchez sugiere que el deber de protección es uno de los deberes que surge del principio de buena fe en la fase precontractual. Estos deberes son impuestos por la ley y la buena fe a las partes involucradas en las negociaciones, con el fin de proteger sus esferas personales y patrimoniales de cualquier daño que pueda surgir de la relación. (Cabanillas Sánchez, A. (2015). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 628,* pp. 750 y ss.).

[407] Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

[408] Con respecto a este caso, Asúa González nos comenta:

> El argumento utilizado por este tribunal no fue el de la existencia de un contrato preparatorio sino la de una relación preparatoria de la compra con carácter similar a la contractual y creadora, tanto en el vendedor como en el comprador, de un deber de cuidado respecto a la salud y a la propiedad de la otra parte. Esta relación jurídica preparatoria tenía su origen, según el RG en la solicitud -y su posterior aceptación por parte del dependiente- de que se procediera a la muestra de las mercancías. El hecho de que el Linoleumfall- caso del linóleo- se reconociera por primera vez una obligación indemnizatoria de acuerdo a principios contractuales, sin haberse celebrado un contrato y sin recurrir tampoco a la ficción de su existencia, ha hecho que el mismo sea señalado como la primera ocasión en que se reconoció a nivel jurisprudencial la responsabilidad por CIC. (Asúa González, C. (1989). *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos).* País Vasco, España: Editorial Ellacuria, p. 92).

[409] Pardolesi estudia el concepto de 'culpabilidad' vinculado a la diligencia. Esto sugiere que el deber de cuidado puede estar relacionado con la idea de evitar conductas negligentes o intencionales que podrían dañar a otra parte. (Pardolesi, P. (2011) El Estoppel Promisorio, La Promesa Unilateral Y la Culpa En Contrahendo: ¿Relaciones Peligrosas? *En Seminario de Derecho Privado Comparado de la Universidad de Bari Aldo Moro, Facultad de Derecho en Toronto*. Bari: Cacucci Editore, p. 175).

[410] Para Mosset Iturraspe el "deber de cuidado" se refiere a la obligación de actuar con cuidado y *previsión*, como parte del principio de buena fe en las negociaciones contractuales. (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, pp. 32-33).

doctrinal, en el sentido de que cierto sector de la doctrina la encuentra en los trebejos de la fuente contractual[411] mientras que otro sector la remite al ámbito extracontractual.

En cuanto a la primera vertiente de la CIC el debate tampoco es ajeno a este debate entre la naturaleza contractual o extracontractual. Por una parte, la elaboración de la teoría en sí, a partir de las falencias del sistema extracontractual alemán, empuja al Tribunal a recurrir a figuras contractuales de tratativas previas para cimentar el marco sobre el cual pueda desprender el basamento de la figura indemnizatoria. En este sentido, para la teoría alemana la naturaleza jurídica de esta vertiente sería contractual.

Sin embargo, para el *common law*, como lo veremos posteriormente en este capítulo, así como para el derecho civil español, el deber de cuidado se asemeja al sistema ideado en Roma tal cual el Digesto lo pinta, es decir, que pasa por el sistema de responsabilidad extracontractual.

En este mismo sentido, García y Otero (2010) expresan su adhesión a la teoría de ubicar este tipo de casos -de violación de "deberes de protección"- fuera de los trebejos del sistema precontractual (de tratos preliminares) para incorporarlos dentro de la responsabilidad extracontractual: "Los casos derivados de los llamados *deberes de protección* nacidos en la doctrina y jurisprudencia alemanas a partir del conocido caso *Linoleum*, los cuales también en nuestra opinión deben quedar al margen de la figura de la responsabilidad precontractual" (p. 22).

De esta manera, una explicación de la falta de consistencia y organización del sistema extracontractual alemán pareciera ser la respuesta a los casos de violación o quebrantamiento del deber de cuidado. De esta suerte García y Otero (2010) manifiestan:

> En la fase de negociación de un contrato surge entre las partes un específico deber de protección de su salud e integridad física de naturaleza recíproca cuyo incumplimiento generaría también un supuesto de responsabilidad precontractual. Sin embargo, parece claro que esta calificación, bastante artificial, deriva en buena medida de las históricas deficiencias del Derecho alemán en materia de responsabilidad por daños extracontractuales, por lo cual resulta innecesaria en aquellos sistemas como el español, donde existe una cláusula general de responsabilidad extracontractual como la del art. 1902 C.C. (p. 26)

[411] Zaccaria piensa que la basa de este deber de cuidado se encuentra en la buena fe y el contacto social (Zaccaria, A. (2014). La resistible ascensión del "contacto social". *Revista IUS ET VERITAS, N° 48, Julio 2014,* pp. 63, 66-68, 71-72, 82). En el mismo sentido, Tomas Martínez parece compartir la idea de vincular el deber de cuidado a la buena fe (Tomás Martínez, G. (2010). Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (Culpa in Contrahendo) en la Armonización Jurídica Europea. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, *17, 1*, p. 195). Por su parte San Martín Neira, cree que el "deber de cuidado" (*duty of care*) surge de la necesidad de que las partes en una negociación actúen de buena fe, lo cual es coherente con el énfasis e importancia de la buena fe a lo largo de todo el proceso contractual (San Martín Neira, L. (2013). Responsabilidad Precontractual Por Ruptura Injustificada De Negociaciones. *Revista Chilena de Derecho, vol. 40 N° 1*, p. 320-322).

En el caso del linóleo[412], la Corte adopta una perspectiva siguiendo el enfoque de Leonhard. En este sentido, crea una figura cuasicontractual para apartarse de los límites establecidos por la teoría del sistema de responsabilidad extracontractual alemán. Bajo este sistema, el propietario de la tienda tenía inmunidad frente a los daños causados por sus empleados, como se establecía en el artículo 831 del BGB (Código Civil Alemán).

Para superar las limitaciones del sistema extracontractual alemán, la Corte recurre a la figura del deudor que utiliza a un tercero para cumplir con sus obligaciones frente a un acreedor, ante el cual tiene una responsabilidad total[413]. Este enfoque se basa en el numeral 831 del Código Civil Alemán y permite imputar responsabilidad al propietario de la tienda por los actos de su empleado, a pesar de la inmunidad previamente establecida en el sistema legal alemán. (Kühne, G. 1990, p. 283).

Es decir, en el sistema alemán, la clasificación de CIC pasa por una adecuación contractual o cuasicontractual porque el sistema extracontractual tenía muchas limitaciones. En este sentido Kessler (1964) afirma:

> Sin embargo, la calificación de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* como contractual, que se enfatiza constantemente, es de gran importancia práctica debido a la inadecuación de la ley de responsabilidad extracontractual. El derecho de responsabilidad civil alemán, a diferencia de otros sistemas de derecho civil, no ha adoptado un principio general de responsabilidad siempre que haya un daño causado por culpa. En cambio, consiste en una serie de agravios individuales, y la causa negligente de un mero daño pecuniario, a diferencia del daño a la persona o la propiedad, no es uno de ellos. Además, si bien una parte contratante es igualmente responsable en el contrato ya sea que actúe personalmente o por medio de un agente, en el caso de daño, un mandante es responsable por los actos de su agente sólo si es culpable de selección negligente o supervisión negligente. (p. 406)

Bajo estos esquemas planteados por la Corte en el caso en cuestión, la responsabilidad en la CIC surge como consecuencia de una relación contractual preparatoria en la cual el propietario es responsable por los actos de su empleado si este último incurrió en negligencia en la supervisión

[412] Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911)

[413] El concepto de "deber de cuidado" que plantea Estevill se vincula al concepto de "cooperación debida" y discute la importancia de tomar medidas para evitar dañar a otros. (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, p. 832).

o en la selección. En este sentido, la naturaleza jurídica de esta vertiente de la CIC seria contractual o cuasicontractual, sobre todo bajo la lupa del sistema alemán.

Sin embargo, bajo el sistema de responsabilidad extracontractual de los "torts" del *common law* o el sistema de responsabilidad extracontractual español, la naturaleza es distinta. En ambos casos, la obligación de indemnizar se deriva de la violación de un deber de cuidado o la negligencia del dependiente, lo que hace que el propietario sea responsable vicaria y objetivamente.

Más específicamente, en el sistema de responsabilidad extracontractual español, el numeral 1902 sintetiza el principio de *neminem laedere*[414] o *alterum non laedere*, que encapsula la obligación de cada ciudadano de no dañar a terceros (no dañar su vida, cuerpo, salud o propiedad). En efecto, el artículo 1902 del Código Civil español establece el principio de responsabilidad civil extracontractual, también conocida como responsabilidad civil por culpa o negligencia. Este artículo establece que[415]: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

Como vemos, el numeral 1902 del CCE se condice con los principios esbozados por el sistema romano plasmados en el Digesto. Este enfoque en la responsabilidad y el cuidado encuentra un paralelo moderno en casos como el del "Linóleo". Aquí, una clienta entra en una tienda de ropa y, debido a la negligencia de un empleado, se produce un accidente en el que ella y su hija resultan heridas por telas que caen sobre ellas. En este caso, la responsabilidad del empleado y, por extensión, del propietario de la tienda, se centra en la falta de cumplimiento de su deber de cuidado hacia los clientes. La negligencia en el manejo de los artículos de la tienda resulta en un perjuicio directo para los clientes, algo que el derecho romano habría considerado como una violación del deber de cuidado y protección, o una violación al numeral 1902 del CCE.

Así, la noción romana de diligencia[416] y responsabilidad en la protección de terceros se mantiene relevante en casos contemporáneos, destacando la continuidad y la influencia de estos principios jurídicos a lo largo del tiempo. Este caso del "Linóleo" sirve como un ejemplo moderno

[414] Mosset Iturraspe vincula este deber con el principio de aplicación del deber genérico de no dañar a otro (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores (p. 28).
[415] Código Civil español [CCE], §1902, aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).
[416] Moura Vicente cree que el "deber de cuidado" se refiere a una obligación de actuar con diligencia o una obligación de actuar de buena fe (Moura Vicente, D. (2009). La Formación De Los Contratos Internacionales. *Boletín Oficial del Estado, Núm. LXI-2*, pp. 241-242).

de cómo los principios del derecho romano en relación con el deber de protección y cuidado siguen siendo aplicables y fundamentales en el derecho actual.

Como vemos, la solución al problema del caso del linóleo en el contexto del derecho español tiene una solución que viene prodigada por el cuerpo legal prodigado por el numeral 1902 del CCE. En este mismo sentido el common law nos podría dar una interpretación similar de dicho caso a partir del principio del "*duty of care*" como lo veremos a continuación. En este sentido, tanto para el common law como para el derecho español, la naturaleza jurídica del deber de cuidado es extracontractual, algo similar al tratamiento que le da el Digesto a esta figura.

2.1.5. El deber de cuidado en el common law (*duty of care*)

a). *Duty of care* en el sistema de torts

Dentro del ámbito del common law, el principio fundamental en el sistema de responsabilidad extracontractual o de daños, conocido como "*torts*," se basa en el "*duty of care*," que implica el deber de actuar con diligencia y no causar daño a terceros[417]. Cuando se produce una violación o incumplimiento de este deber de cuidado, surge la negligencia, tal como lo establece el sistema romano en el Digesto, y como resultado de ello, se impone una sanción que consiste en la responsabilidad de indemnizar.

El paralelismo entre el sistema romano y el *common law* es evidente: ambos sistemas reconocen la existencia de un deber de protección, es decir, un deber de cuidado equiparable al que tendría un padre de familia. Este deber implica actuar con diligencia ordinaria, y su incumplimiento conlleva la responsabilidad de indemnizar por los daños causados.

[417] Para Oughton, el "deber de cuidado" se refiere al principio del common law "duty to take care" que coexiste con una obligación fiduciaria, "duty of fiduciary care" en inglés. (Ver Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 369-371). En similar sentido Coderch manifiesta el tema de la diligencia profesional y el deber de cuidado (Ver Coderch, P. y García-Micó, T. (2020). *Concepción Contextual de la Buena Fe Contractual. Artículo 1258 del Código Civil. Barcelona*: Universidad Pompeu Fabra, p. 37). En el mismo contexto, Barrientos Zamorano expresa que el "deber de cuidado" se refiere a la obligación de un profesional con conocimientos técnicos de actuar con el cuidado que razonablemente se espera, especialmente en relación con las expectativas de los consumidores. (Barrientos Zamorano, M (2012). Culpa in Contrahendo en Mutuo Hipotecario. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, No. 3, p. 840).

Además, en el contexto del *common law*, no es necesario recurrir a la elaboración de un contrato preparatorio (tal como lo hace el sistema alemán de la CIC) para atribuir responsabilidad al dependiente de una tienda. Esto se debe al principio del "*respondet superior*" (responsabilidad objetiva vicaria del dueño de la tienda), que impone la obligación de indemnizar a cualquier persona que ingrese a la tienda y resulte herida, independientemente de si tenía la intención de realizar una compra. Este principio se aplica en el sistema de "torts" (responsabilidad extracontractual) del *common law* y no requiere reconducir la obligación de indemnización a un concepto de relación contractual preparatoria.

En resumen, según el *common law* (*torts*) no es necesario establecer una relación preparatoria contractual para imponer la obligación de indemnizar. La ley establece que todo propietario de un negocio abierto al público tiene la obligación de ejercer la debida diligencia para garantizar la seguridad de todas las personas que ingresan a su establecimiento, ya sea con la intención de comprar o no[418]. Si el propietario incumple su deber de cuidado, lo que implica negligencia, es responsable de indemnizar los daños patrimoniales y personales sufridos por la persona afectada. Esto se aplica al caso de la señora y su hija[419].

Veamos ahora algunos casos parecidos al linóleo para ilustrar cómo podría haber resuelto el common law el mismo caso a partir de su estructura jurídica extracontractual.

La mujer en el caso linóleo podría tener motivos para presentar una demanda legal basada en negligencia o responsabilidad de las instalaciones en respuesta a sus lesiones. Para establecer una demanda por negligencia, generalmente deberá demostrar que:

a). La tienda le debía un deber de cuidado (duty of care o deber de cuidado o protección),

b). Que este deber fue incumplido (breach of duty),

c). Que se produjo un daño, y

d). Que la infracción o el daño resultó directamente en sus lesiones (*causation*= causalidad).

[418] En una nota aparte, el concepto de "garantías" en un contexto contractual, puede revisarse el trabajo de Robustella destaca la importancia de que el garante sea diligente y correcto en su gestión para facilitar el cumplimiento del patrocinio (Robustella, C. (2014). Cartas De Patrocinio Y Monto Máximo Garantizado. *Rivista di diritto private, Nro. 19-2,* pp. 614-615).

[419] Arenas García brinda un detalle sobre el caso del linóleo expresando que la mujer que resultó herida estaba mirando el rollo de línem que cayó sobre ella. Este punto es interesante para descartar un posible caso de "negligencia contributoria", como se verá más adelante en el caso *Goines v. Cash America, Inc. of Louisiana,* 351 So. 3d 714 (La. Ct. App. 2022).

Por otro lado, para establecer una demanda por responsabilidad de las instalaciones, generalmente deberá demostrar que la tienda tenía conocimiento real o aviso constructivo de una condición peligrosa en sus instalaciones que llevó a sus lesiones y que la tienda no tomó medidas razonables[420] para corregir la situación[421].

b). Posibles soluciones al caso del linóleo a partir del *common law*

Existe un sinnúmero de casos en soporte de una posible demanda en el contexto del caso linóleo, veremos solamente los más resaltantes, como *Goines v. Cash America, Inc. of Louisiana*, 351 So. 3d 714 (La. Ct. App. 2022); *Edwards v. K B, Inc.*, 641 So. 2d 1040 (La. Ct. App. 1994) y *Stepherson v. Wal-Mart*, 785 So. 2d 950 (La. Ct. App. 2001), que resaltan la responsabilidad de los comerciantes de mantener un entorno seguro para sus clientes. En cada uno de estos casos, los tribunales dictaminaron que los propietarios de las tiendas tienen la obligación de ejercer un cuidado razonable para mantener sus pasillos, instalaciones y pisos razonablemente seguros.

Para establecer con éxito una demanda por negligencia, la mujer normalmente tendría que demostrar que la tienda le debía un deber de cuidado, que este deber fue incumplido y que la infracción causó directamente sus lesiones. Por ejemplo, *Meek v. Wal-Mart Stores, Inc*., 72 Conn. App. 467 (Conn. App. Ct. 2002) encontró al propietario de la tienda negligente por apilar mesas de manera inadecuada, lo que creó un riesgo previsible para los clientes. De manera similar, *Hople v. Wal-Mart Stores*, 219 F.3d 823 (8th Cir. 2000) sostuvo que el propietario de la tienda estaba obligado a prevenir lesiones resultantes de condiciones peligrosas o previsibles.

Para presentar una demanda por responsabilidad de las instalaciones, la mujer normalmente tendría que demostrar que la tienda tenía conocimiento real o aviso constructivo de la condición peligrosa que causó sus lesiones y que la tienda no tomó medidas razonables para abordar el problema.

[420] Oughton y Davis señalan que las partes de un contrato pueden encontrar que están sujetas a principios establecidos por la ley de torts, como el deber de tomar un cuidado razonable al tratar con otros a quienes se puede prever como susceptibles de ser afectados por tus actos u omisiones. Esto sugiere que el deber de cuidado se basa en el principio de tomar un cuidado razonable para evitar dañar a otros. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 3).
[421] Cartwright llama la atención sobre el elemento "foreseeability", es decir, "previsibilidad", Este deber surge del *tort* de negligencia y requiere que el demandado tome un cuidado razonable para evitar un daño *previsible* al demandante. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, p. 513).

Por último, *Wal-Mart Stores Tex., LLC v. Bishop*, 553 S.W.3d 648 (Tex. App. 2018), discutió los elementos de una demanda por negligencia en el contexto de un accidente de resbalón y caída en una tienda. Según este caso, el demandante tendría que establecer que el propietario de la tienda tenía el deber de proteger al demandante de daños, que este deber fue incumplido, que el demandante sufrió daños reales o pérdidas y que estos daños o pérdidas fueron causados directamente por el incumplimiento del deber por parte del propietario de la tienda.

En efecto, el caso *Goines v. Cash America, Inc. of Louisiana*, 351 So. 3d 714 (La. Ct. App. 2022)[422], es relevante para comparar el caso del *linóleo* porque aborda la obligación de un comerciante de mantener sus instalaciones seguras para los clientes y los elementos que un demandante debe establecer para recuperarse en un caso de mercancía que cae. Este caso se fundamenta en una norma legal de Luisiana, específicamente La. Stat. tit. 9 § 2800.6, Sección 9:2800.6[423], bajo el cual rescatamos los siguientes principios:

[422] El 30 de noviembre de 2017, mientras Nathanial Goines visitaba la tienda Cash América, una ballesta colgada de un estante suspendido del techo se desprendió, golpeándolo en la cabeza. Goines demandó a Cash América alegando que el incidente le causó lesiones personales. Cash América negó responsabilidad y solicitó un juicio sumario, argumentando que Goines no podía probar que él no causó la caída de la ballesta ni que esta estuviera colgada de manera insegura.
En su declaración, Goines indicó que la ballesta lo golpeó mientras miraba mercancía en una vitrina. Según el gerente de la tienda, Hilton Meunier Jr., la ballesta estaba colgada en un soporte que llevaba quince años en uso, sin incidentes previos. Meunier, que no presenció el incidente, pero vio el video de vigilancia, testificó que Goines golpeó la ballesta con la cabeza, provocando su caída.
Goines se opuso al juicio sumario, pero no aportó evidencia adicional sobre la causa de la caída. El 3 de junio de 2021, el tribunal concedió el juicio sumario a favor de Cash América. La apelación de Goines a esta decisión fue infructuosa, ya que no logró demostrar que no había causado la caída de la ballesta ni que ésta estuviera colocada de manera insegura. Además, Goines no presentó argumentos convincentes sobre la negligencia comparativa de Cash América. Como resultado, el tribunal de apelaciones confirmó la decisión del tribunal de primera instancia.

[423] Sección 9:2800.6 - Carga de la prueba en reclamaciones contra comerciantes:
A. Un comerciante tiene el deber hacia las personas que utilizan sus instalaciones de ejercer un cuidado razonable para mantener sus pasillos, pasajes y pisos en una condición razonablemente segura. Este deber incluye un esfuerzo razonable para mantener las instalaciones libres de cualquier condición peligrosa que razonablemente pudiera dar lugar a daños.
B. En una reclamación por negligencia presentada contra un comerciante por una persona legalmente en las instalaciones del comerciante por daños como resultado de una lesión, muerte o pérdida sufrida debido a una caída debido a una condición existente en o en las instalaciones de un comerciante, el reclamante tendrá la carga de probar, además de todos los demás elementos de su causa de acción, lo siguiente:
(1) La condición presentaba un riesgo irrazonable de daño para el reclamante y ese riesgo de daño era razonablemente previsible.
(2) El comerciante creó la condición o tuvo conocimiento real o constructivo de la condición que causó el daño antes de que ocurriera.
(3) El comerciante no ejerció un cuidado razonable. Al determinar el cuidado razonable, la ausencia de un procedimiento uniforme de limpieza o seguridad por escrito o verbal no es suficiente, por sí sola, para demostrar la falta de ejercicio de un cuidado razonable.
C. Definiciones:
(1) "Aviso constructivo" significa que el reclamante ha demostrado que la condición existía durante un período de tiempo tal que habría sido descubierta si el comerciante hubiera ejercido un cuidado razonable. La presencia de un empleado del comerciante en la proximidad en la que existe la condición no constituye, por sí sola, un aviso constructivo, a menos que se demuestre que el empleado sabía, o en el ejercicio de un cuidado razonable debería haber sabido, de la condición.
(2) "Comerciante" significa aquel cuyo negocio es vender bienes, alimentos, mercancías o productos en un lugar fijo de negocios. A los efectos de esta Sección, un comerciante incluye a un posadero con respecto a las áreas o aspectos de las instalaciones que

1) Un comerciante tiene la responsabilidad de asegurar que sus instalaciones sean seguras para los clientes. Esto incluye mantener pasillos, pasajes y pisos en condiciones razonablemente seguras y libres de peligros potenciales. Si un cliente sufre una caída debido a una condición peligrosa en las instalaciones, debe demostrar que la condición representaba un riesgo irrazonable y previsible de daño, y que el comerciante conocía o debería haber conocido esta condición peligrosa antes del incidente.

2) Además, el cliente debe probar que el comerciante no tomó las medidas de cuidado razonables necesarias para prevenir el daño. La falta de un procedimiento de limpieza o seguridad uniforme no es suficiente por sí solo para demostrar negligencia por parte del comerciante. La definición de "notificación constructiva" implica que la condición peligrosa existió durante un tiempo suficiente para ser descubierta si se hubiera ejercido un cuidado razonable. La mera presencia de un empleado cerca del peligro no implica conocimiento de la condición, a menos que se pruebe que el empleado estaba o debería haber estado consciente de ella.

De otra parte, en el caso *Edwards v. K B, Inc.,* 641 So. 2d 1040 (La. Ct. App. 1994) es relevante para compararlo con el caso linóleo porque aborda el deber de un comerciante de mantener seguras sus instalaciones para los clientes y la carga de la prueba para un demandante que resulta herido por mercancía que cae.[424]

Por su parte, *Stepherson v. Wal-Mart*, 785 So. 2d 950 (La. Ct. App. 2001) es importante porque aborda la capacidad de un cliente para recuperar daños de una tienda después de resultar

son similares a las de un comerciante, incluyendo, entre otros, tiendas, restaurantes y áreas de vestíbulo dentro del hotel, motel o posada.

D. Nada en esto afectará la responsabilidad que pueda tener un comerciante bajo los Artículos 660, 667, 669, 2317, 2322 o 2695 del Código Civil.

[424] En un juicio contra K B, Inc., una tienda de drogas y variedades, Mardra Edwards obtuvo una indemnización de $7,700 por lesiones personales. La corte de primera instancia determinó que una caja de joyas cayó de un estante en una tienda K B en Shreveport y golpeó el pie de la Sra. Edwards. K B fue considerada responsable, ya sea por responsabilidad estricta o por negligencia, por no asegurar adecuadamente el estante a su respaldo.

K B disputa tanto la ocurrencia del accidente como la afirmación de que la prueba del accidente equivale a prueba de responsabilidad. Argumentan que la responsabilidad estricta no es aplicable y que han demostrado el uso de procedimientos razonables de inspección de seguridad, refutando cualquier presunción de negligencia. Además, sugieren que la Sra. Edwards tuvo parte de la culpa.

K B también cuestiona la causa del dolor y la hinchazón en el pie de la Sra. Edwards, alegando que fue provocada por gota y no por el trauma del accidente. También se cuestiona la idoneidad de permitir el testimonio experto de un quiropráctico sobre una lesión en el pie.

Los hechos del caso son los siguientes: el 13 de diciembre de 1990, la Sra. Edwards estaba comprando regalos de Navidad en la tienda K B con su hija adulta, Lillian Edwards. Mientras la Sra. Edwards alcanzaba una caja de joyas en un estante alto, el estante se inclinó y algunas cajas de joyas cayeron, golpeando su pie derecho. El gerente de la tienda, Betsy Hale, hizo un informe del accidente, pero su testimonio sobre el estado del estante y las cajas de joyas difiere del de la Sra. Edwards y su hija.

La Sra. Edwards buscó tratamiento para su pie lesionado, que estaba magullado, hinchado y doloroso. A lo largo de los siguientes años, visitó a varios médicos y trató su pie con varias terapias, incluyendo ultrasonido y electroterapia. Aunque se diagnosticó gota en un momento, los médicos relacionaron algunas de las condiciones del pie de la Sra. Edwards, como un quiste ganglionar y tenosinovitis, con el trauma sufrido en el accidente.

La corte de apelaciones confirmó el fallo del tribunal de primera instancia en todos los aspectos, incluido el monto de los daños generales otorgados. La corte concluyó que no había error en los hallazgos del tribunal de primera instancia con respecto a la ocurrencia del accidente y la responsabilidad de K B. Aunque la Sra. Edwards no siguió completamente las recomendaciones médicas para mitigar sus daños, la corte consideró que el monto de los daños generales otorgados no era abusivamente bajo.

herido por mercancía que cae, similar al caso del linóleo. En este caso Stepherson sufrió una lesión en el pie al caerle una pesa desde un estante en un Wal-Mart Supercenter. El 23 de agosto de 1997, mientras examinaba equipo de ejercicio, una pesa apilada en un estante sin dispositivos de seguridad rodó y le fracturó el dedo gordo del pie. El tribunal de primera instancia, tras un juicio sin jurado, falló a favor de Stepherson el 7 de julio de 2000, otorgándole daños generales y especiales.

Wal-Mart apeló, argumentando que Stepherson no demostró la existencia de una condición peligrosa y cuestionó la cantidad de daños generales otorgados. La ley de Louisiana establece que un comerciante debe mantener sus instalaciones en condiciones seguras. En este caso, el tribunal determinó que la forma en que Wal-Mart exhibía las pesas (apiladas y accesibles en estantes sin restricciones) creaba un riesgo previsible de daño. Stepherson, al manipular la mercancía de manera esperada y razonable, no contribuyó a su accidente. El tribunal de apelaciones confirmó la decisión del tribunal de primera instancia, incluyendo la cantidad de daños generales, considerando que la lesión de Stepherson fue significativa y dolorosa, afectando su vida cotidiana.

De otra parte, en el caso *Hople v. Wal-Mart Stores*, 219 F.3d 823 (8th Cir. 2000) se aborda la capacidad de un cliente para recuperar daños de una tienda después de resultar herido por mercancía que cae, similar al caso del linóleo. En este caso de Marie Hople contra Wal-Mart, Hople resbaló y se cayó en una tienda Wal-Mart debido a agua en el piso. Los Hoples demandaron a Wal-Mart para obtener compensación por lesiones personales y pérdida de consorcio. El jurado determinó que Wal-Mart era responsable y el tribunal de distrito confirmó el veredicto, negando la moción de Wal-Mart para un fallo como cuestión de ley. La apelación fue rechazada y la decisión del tribunal de distrito fue confirmada.

El argumento principal de Wal-Mart en la apelación era que los Hoples no probaron que Wal-Mart tuviera conocimiento de una condición peligrosa, ya que no había evidencia sobre cuánto tiempo había estado el agua en el piso antes de la caída de Marie Hople. El tribunal de distrito rechazó este argumento, indicando que enfocarse en el tiempo que el agua había estado en el piso era contradictorio con la ley de Missouri en casos de resbalones y caídas.

Bajo la ley de Missouri, si el propietario de un negocio tiene conocimiento actual o constructivo de una condición peligrosa o previsible, tiene el deber de prevenir lesiones resultantes de esa condición. En *Sheil v. T.G. Y. Stores Co*., 781 S.W.2d 778 (Mo. 1989), la Corte Suprema de

Missouri sostuvo que un demandante en un caso de resbalón y caída podría presentar un caso admisible sobre el tema del conocimiento constructivo sin mostrar la duración de la condición peligrosa.

Wal-Mart argumentó que *Sheil* no era aplicable porque la condición peligrosa en este caso, agua proveniente de nieve arrastrada a la tienda, no era un producto vendido por la tienda ni un tipo de peligro peculiar al modo de operación de autoservicio de Wal-Mart. Sin embargo, esta argumentación fue rechazada por decisiones anteriores que indicaban que, después de *Sheil*, los tribunales de Missouri ya no se adherían estrictamente a la regla de "duración del tiempo" para la prueba de conocimiento constructivo, independientemente de si el peligro resultaba de un producto de la tienda o de alguna otra condición.

La responsabilidad de un propietario de tienda en un caso de resbalón y caída bajo la ley de Missouri se basa en la previsibilidad del riesgo y la razonabilidad del cuidado extendido hacia los invitados comerciales. Los riesgos previsibles se extienden más allá de los productos de una tienda dada.

En resumen, los Hoples no tenían que producir evidencia sobre la duración de la existencia del peligro del agua antes de la lesión de Marie Hople para presentar el caso al jurado. Además, tras revisar el expediente, se encontró que la evidencia presentada en el juicio, vista de la manera más favorable a los Hoples, fue suficiente para permitir que un jurado encontrara que Wal-Mart incumplió su deber de cuidado razonable para proteger a un cliente de una condición peligrosa y previsible. Por lo tanto, se determinó que la moción de Wal-Mart para un fallo como cuestión de ley fue denegada correctamente.

Finalmente, aunque existen muchos otros casos similares al caso linóleo, tenemos el caso *Wal-Mart Stores Tex., LLC v. Bishop*, 553 S.W.3d 648 (Tex. App. 2018), donde el tribunal de apelaciones confirmó un veredicto del jurado que encontró a Walmart negligentemente responsable por lesiones personales sufridas por Bishop, debido a la caída de una caja desde un estante en una tienda de Walmart (similar al caso del linóleo). Walmart apeló, argumentando insuficiencia de pruebas sobre la negligencia de su empleado y la causa del accidente, error en permitir ciertos testimonios de expertos, abuso de discreción en decisiones judiciales relacionadas con afidávits, y error en la formulación de preguntas al jurado. Además, Walmart impugnó los argumentos del abogado de Bishop durante el juicio y cuestionó las cantidades otorgadas por daños y perjuicios.

En cuanto a los antecedentes del caso, el 7 de julio de 2012, Bishop visitó una tienda de Walmart para comprar cortinas. En la sección de liquidación, una caja cayó de un estante y la golpeó en la cabeza. El empleado de Walmart, Bhola Gajurel, estaba trabajando en la sección en ese momento. El gerente de la tienda, Randy Dill, confirmó que la mercancía en la sección de liquidación no se organizaba según las políticas de la empresa y que la caída de mercancías era un peligro conocido. Bishop sufrió lesiones en el cuello y requirió múltiples tratamientos, incluyendo cirugía de fusión cervical.

El tribunal determinó que había pruebas suficientes para concluir que las acciones de Gajurel causaron la caída de la caja y que Walmart podría haber previsto que la mercancía apilada de manera insegura podría caer y lesionar a un cliente. Se confirmó que la lesión en el cuello de Bishop fue causada por el golpe de la caja. El tribunal también encontró que los argumentos del abogado de Bishop en el juicio no fueron perjudiciales de manera incurable y que no hubo abuso de discreción en las decisiones judiciales sobre la admisión de pruebas y las instrucciones al jurado.

Por lo tanto, el tribunal de apelaciones confirmó la decisión del tribunal de primera instancia y el veredicto del jurado a favor de Bishop, incluyendo la adjudicación de daños por un total de $1,393,484.52.

Finalmente, a modo de conclusión preliminar, en la exploración del *common law* y el Digesto, emerge una fascinante convergencia entre dos mundos jurídicos aparentemente distintos: el antiguo Digesto del Derecho Romano y el moderno *common law*. Esta sinergia se manifiesta particularmente en el tratamiento de la negligencia y el deber de cuidado, especialmente en el ámbito de la responsabilidad de los comerciantes.

La similitud en el tratamiento entre el *common law* y el Digesto contrasta con la forma en que el caso del linóleo abordó la situación específica, donde una mujer resultó herida al consultar sobre unas telas en una tienda de ropa. En el contexto del deficiente sistema legal alemán de la época, fue necesario ampliar la cobertura de la CIC para abordar el caso de esta mujer a través del marco contractual. En este caso, se consideró que un tratamiento contractual preliminar era la forma adecuada de atribuir responsabilidad al dueño de la tienda por las lesiones sufridas por la víctima.

Por otra parte, el Digesto, un tesoro del pensamiento jurídico romano, establece un principio fundamental: el deber de cuidado. Este deber implica que individuos y comerciantes

deben actuar con una diligencia razonable para evitar causar daño a otros[425]. Esta noción se extiende a la gestión de propiedades y actividades comerciales, subrayando la importancia de mantener un entorno seguro para evitar lesiones a terceros. Paralelamente, el common law, con su rica amplitud de jurisprudencia, ofrece una perspectiva similar. Casos emblemáticos como *Goines v. Cash America* y *Stepherson v. Wal-Mart* ilustran la responsabilidad imperante de los comerciantes de crear y mantener entornos seguros para sus clientes. Estos casos enfatizan que los comerciantes deben no sólo ser conscientes de los peligros potenciales sino también tomar medidas proactivas para mitigarlos.

En el corazón de ambos sistemas jurídicos yace la idea de la negligencia, vista en el Digesto como "culpa" y en el *common law* como una violación del deber de cuidado (*breach of duty of care*). Esta falta de cuidado razonable, que resulta en daño a otro, es el hilo conductor que une a estas dos tradiciones legales. A pesar de sus diferencias en procedimientos y aplicación, ambos sistemas convergen en el principio de que un comerciante es responsable si su acción o inacción conduce a un daño previsible.

Un ejemplo ilustrativo de esta convergencia se encuentra en el caso *Hople v. Wal-Mart Stores* del *common law*. Aquí, la corte sostuvo que el comerciante tiene el deber de proteger a los clientes de condiciones peligrosas o previsibles, resonando con la doctrina romana de evitar daños previsibles a través de un cuidado razonable.

En resumen, tanto el Digesto como el *common law*, aunque separados por siglos y contextos culturales, comparten un compromiso inquebrantable con la justicia y la equidad, particularmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. A través de sus respectivos enfoques del deber de cuidado y la negligencia, ambos sistemas demuestran un entendimiento universal de la responsabilidad legal y moral que recae sobre aquellos que operan espacios comerciales, asegurando así la protección y el bienestar de quienes entran en sus dominios.

En contraste, el sistema extracontractual español, en virtud del artículo 1902, incorpora en su esencia el vínculo que conecta el Digesto con el sistema extracontractual del common law, compartiendo su naturaleza inherente. Para el sistema legal español, la solución al caso del linóleo sería ajena y foránea, ya que el principio "neminem laedere" de este artículo podría satisfacer las

[425] Para Domat el deber de cuidado se refiere a la obligación de cuidar algo que pertenece a otra persona, cuando le es confiado como parte de un convenio. Esta obligación varía dependiendo de la naturaleza del convenio, pero generalmente requiere que se evite la negligencia o el daño intencional (Domat, J. (1850). The Civil Law in Its Natural Oder. Boston: Charles Little Y James Brown, p. 174).

demandas de la teoría del deber de cuidado o protección a través de la teoría de la negligencia, al igual que en el common law o el Digesto. No sería necesario recurrir a la teoría de la CIC.

Por lo tanto, la primera vertiente de la CIC, como se evidencia en el caso del linóleo, que surge debido a las deficiencias del código alemán, resulta innecesaria y poco apropiada para aplicar una referencia contractual en tratos preliminares que exige la CIC. En su lugar, el sistema extracontractual español puede resolver este tipo de casos a través de la doctrina del deber de protección extracontractual.

c). *Res ipsa loquitur*

La doctrina de *res ipsa loquitur* también podría aplicarse en casos en los que un objeto cae y hiere a alguien, que es el caso del linóleo, como indicó *McCleod v. Nel-Co Corp*., 350 Ill. App. 216 (Ill. App. Ct. 1953).

En ese caso los demandantes, los McCleods, se vieron afectados por el desprendimiento de yeso del techo en una habitación de hotel, ilustra la aplicación de la doctrina de res ipsa loquitur en el contexto del common law. *Res ipsa loquitur*, que se traduce como "la cosa habla por sí misma", es una doctrina legal que permite inferir la negligencia del demandado a partir de la naturaleza del accidente, incluso sin evidencia directa de su culpabilidad.

En este caso, el Sr. y la Sra. McCleod, alojados en el Hotel Nelson, sufrieron lesiones después de que el yeso del techo cayera sobre ellos mientras dormían. El incidente ocurrió sin intervención externa, y la gestión y el mantenimiento del hotel estaban bajo el control exclusivo del demandado, el propietario del hotel. Estas circunstancias permitieron aplicar la doctrina de *res ipsa loquitur,* ya que el tipo de accidente que se produjo generalmente no ocurre si se ejerce el debido cuidado.

La responsabilidad de los propietarios de establecimientos comerciales y de hospitalidad de mantener sus instalaciones de manera segura para los clientes y huéspedes es un principio bien establecido tanto en el *common law* como en el Digesto romano. En el Digesto, se enfatiza que un individuo o una entidad tiene el deber de actuar con diligencia para evitar causar daños a terceros.

Este principio es reflejado en el *common law*, donde los propietarios de establecimientos tienen el deber de asegurar la seguridad de sus instalaciones. En ambos sistemas, la negligencia se establece cuando este deber de cuidado se rompe y resulta en daño.

El caso de los McCleods demuestra cómo, bajo el *common law*, un demandante puede establecer la presunción de negligencia a través de la doctrina de *res ipsa loquitur*, especialmente cuando el accidente es de tal naturaleza que ordinariamente no ocurriría sin una falta de cuidado. Esta doctrina, aunque no presente explícitamente en el Digesto, comparte su espíritu con el principio romano de evitar daños a través de un cuidado razonable.

En resumen, tanto el Digesto como el *common law* enfatizan la importancia del deber de cuidado y reconocen la negligencia cuando este deber no se cumple. El caso *McCleod* es un ejemplo de cómo, en el *common law*, la negligencia puede inferirse en circunstancias donde la naturaleza del accidente indica una falta de cuidado, reflejando así un principio fundamental que es consistente a través de estas tradiciones legales históricamente y geográficamente diversas.

d). *Respondent superior* o responsabilidad vicaria

Como hemos observado en el caso previamente analizado, *Wal-Mart Stores Tex., LLC v. Bishop,* 553 S.W.3d 648 (Tex. App. 2018), este caso resulta interesante no sólo por su relevancia en relación con la teoría del deber de protección, que está relacionada con el sistema del deber de cuidado romano a la luz del caso del linóleo, sino también por su importancia en lo que respecta al tema de la responsabilidad vicaria u objetiva.

Recordemos que, en el sistema alemán, el caso del linóleo tuvo que ser resuelto no sólo a través del sistema de tratos contractuales preparativos (haciendo eco de la CIC), sino que también fue necesario recurrir a normas legales contractuales en las cuales el principal respondía por la negligencia de su agente en caso de que el principal mismo no hubiera actuado con diligencia[426].

[426] El numeral 831 del BGB de 1900 [Código Civil Alemán [BGB], 1900. (Alemania)] estipulaba:
1. Una persona que despliega a otra persona para realizar una tarea es responsable de indemnizar por el daño que la otra persona cause ilegalmente a un tercero al realizar la tarea. La responsabilidad civil no se aplica si el principal ejerce la diligencia debida en las operaciones comerciales al seleccionar a la persona desplegada y, en la medida en que deban adquirir dispositivos o equipos o

El caso *Wal-Mart Stores Texas, LLC v. Dawn Bishop* se centra en la teoría de la responsabilidad vicaria, donde Wal-Mart fue considerado responsable de las lesiones personales sufridas por Bishop debido a la negligencia de su empleado, Bhola Gajurel, al igual que el caso del linóleo. Bishop fue golpeada en la cabeza por una caja que cayó de un estante mientras compraba en una tienda Wal-Mart. El jurado determinó que la negligencia de Gajurel, quien estaba reorganizando los estantes en ese momento, fue la causa directa del accidente y, por lo tanto, Wal-Mart fue responsable bajo la teoría de la responsabilidad vicaria[427].

El caso del linóleo y el caso *Wal-Mart v. Bishop*, aunque diferentes en sus detalles y contexto legal, comparten la aplicación de la responsabilidad vicaria, aunque con fundamentos jurídicos distintos.

El caso del linóleo, resuelto bajo el derecho alemán, se enfocó en la teoría de los tratos preliminares contractuales y se apoyó en el artículo 831 del BGB (Código Civil Alemán) de 1900. Este artículo establece que un principal (empleador o contratista) es responsable por los daños causados por otra persona (agente o empleado) a un tercero durante la realización de una tarea. Sin embargo, el principal puede eximirse de responsabilidad demostrando que ejerció la debida diligencia en la selección del agente y en la gestión de los dispositivos o equipos necesarios para la actividad. Así, en el caso del linóleo, si se demostraba que la persona encargada de colocar o mantener los rollos de tela actuó de manera negligente y el principal no ejerció la debida diligencia en su selección o supervisión, el principal podría ser considerado responsable.

gestionar la actividad empresarial, en dicha adquisición o gestión, o si el daño se habría producido incluso si se hubiera ejercido esta diligencia.
2. La misma responsabilidad incumbe a una persona que asume el cumplimiento de una de las transacciones especificadas en el párrafo 1, frase 2, para el principal por contrato.

[427] Wal-Mart apeló la decisión, argumentando insuficiencia de pruebas para apoyar la conclusión de que la negligencia de Gajurel causó el accidente y la lesión de Bishop, y cuestionó la adecuación de los testimonios de expertos, las decisiones del tribunal sobre las pruebas, la claridad de las preguntas del jurado sobre la responsabilidad vicaria, la adecuación de los premios de daños y perjuicios, y la conducta del abogado de Bishop durante los alegatos finales.
El tribunal de apelaciones rechazó todos estos argumentos de Wal-Mart. Enfocándose en la responsabilidad vicaria, el tribunal confirmó que Gajurel estaba actuando dentro del alcance de su empleo en el momento del accidente, lo que hacía a Wal-Mart legalmente responsable de sus acciones negligentes. Esto se basó en la prueba de que Gajurel estaba reorganizando mercancía en la tienda, una tarea asignada por Wal-Mart, cuando ocurrió el accidente.
El tribunal también abordó y desestimó las preocupaciones de Wal-Mart sobre el testimonio de expertos y la admisibilidad de ciertas pruebas, la formulación de las preguntas del jurado, y la suficiencia de las pruebas sobre los daños y el dolor y sufrimiento de Bishop. El tribunal concluyó que no hubo errores en el juicio que afectaran los derechos sustanciales de Wal-Mart y, por lo tanto, confirmó el veredicto del jurado y la sentencia del tribunal de primera instancia.

En contraste, el caso *Wal-Mart v. Bishop*, bajo el derecho estadounidense, aplicó directamente la teoría de la responsabilidad vicaria sin necesidad de que Wal-Mart demostrara que ejerció o no la debida diligencia en la selección o supervisión de su empleado. En este caso, se estableció que Wal-Mart era responsable por las acciones de su empleado, Bhola Gajurel, ya que este último actuaba dentro del alcance de su empleo cuando su negligencia causó daño a Bishop.

A pesar de las diferencias en la fundamentación legal, ambos casos reflejan la idea central de que un principal puede ser responsable por los actos de sus agentes o empleados. Sin embargo, mientras que el derecho alemán ofrece una posible exención de responsabilidad a través de la demostración de la debida diligencia (como lo indica el artículo 831 del BGB), en el caso de Wal-Mart bajo el derecho estadounidense, la responsabilidad vicaria se aplicó de manera más directa, sin entrar en la consideración de la diligencia del empleador en la selección o supervisión del empleado[428].

En resumen, podemos concluir que tanto el sistema extracontractual del *common law* como el del derecho civil español pueden resolver situaciones de negligencia prescindiendo de la primera vertiente de la CIC. Esto se debe a que ambos sistemas, a diferencia del sistema alemán, comparten similitudes con el sistema romano de responsabilidad extracontractual y pueden abordar casos de negligencia a través de la violación del deber de cuidado sin necesidad de recurrir a la estructura de la CIC que reconduce a los tratos contractuales preliminares como plataforma fontanal.

2.2. Deber de Información[429]

2.2.1. Concepto y aproximación histórica

El deber de informar por parte del vendedor al potencial comprador constituye el punto central de la primera vertiente de la CIC. Como se verá en el acápite posterior, su origen data de Roma y no es mérito exclusivo de la CIC; sin embargo, la doctrina ha interpretado que el deber de informar es la segunda vertiente de la CIC.

[428] Como una nota adiciona en este aspecto de la relación entre un empleador y empleado, Oughton y Davis señalan que el deber de cuidado es una obligación implícita que surge de la relación entre dos partes, como un empleador y un empleado. Requiere que una parte tome un cuidado razonable para no lesionar a la otra. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, pp. 17-19).

[429] No vamos a hacer mención a casos de la jurisprudencia derivados del deber de información procedentes de normas atinentes al derecho de protección del consumidor. El tema que nos convoca es sobre el RINP, como hija legítima de la CIC en cuanto hay una ruptura de una negociación preliminar, tema que es objeto de comparación con la institución del PE del common law.

Este deber de informar está vinculado con el moderno derecho de los consumidores. Tanto en el *civil law* como en el *common law*, el deber de informar se ha convertido en el punto central de las transacciones comerciales del día a día[430]. En este sentido Ordoqui Castilla (2017) manifiesta:

> Nuestro Código Civil, como la mayor parte de los que siguieron los pasos del Código Civil francés, reguló quizás con mayor cuidado el deber que tiene el vendedor de estar informado sobre lo que vende, que el deber que pueda tener de informar al comprador. En efecto, al regular el tema de los defectos o vicios redhibitorios o vicios ocultos, se establece que el vendedor responde aunque "ignore" los vicios … si los debiese conocer en razón de su oficio o arte. Se establece luego que si el vendedor conocía o debía de conocer los vicios ocultos de la cosa vendida el comprador podrá, además de optar por rescindir la venta exigiendo se le abonen los gastos causados por ella o se rebaje la cantidad proporcional por el precio a juicio de peritos, reclamar en este caso los daños y perjuicios. (p. 202).

En este sentido, Ordoqui Castilla (2017) elabora una teoría del derecho del consumidor, estudiando aquella información, publicidad y marketing "engañosos" (p. 212), analizando el derecho a estar informado (p. 223)[431].

Según Benatti (2021), el principio de "no dañar a nadie" no actúa como un mecanismo paternalista o redistributivo, sino que su propósito es asegurar un desarrollo adecuado de las negociaciones comerciales. Benatti (2021) subraya que la información que una parte con ventaja informativa debe proporcionar a la otra no es cualquier dato, sino información específica y relevante relacionada con parámetros de mercado, características, cualidades, requisitos y atributos esenciales del contrato que se va a celebrar. Esta información debe ser sobre aspectos que no son fácilmente observables y que son cruciales para la toma de decisiones contractuales de la otra parte. Incluye detalles sobre la persona, el bien, la prestación, los términos o elementos del contrato que

[430] Tommasi discute la obligación de buena fe y la necesidad de un *mínimo* de lealtad y honestidad en las negociaciones. (Cf. Tommasi, S. (2012). *Prácticas comerciales desleales y regulación de la actividad negociadora*. Bari-Italia: Cacucci Editores, pp. 96-97.

[431] Por su parte Nunes Fritz considera que la publicidad engañosa o abusiva puede considerarse CIC, y que ésta se encuentra vinculada al incumplimiento de las obligaciones de divulgación. Asimismo, considera que la responsabilidad deriva del incumplimiento del deber de evitar un engaño. De otra parte, cita un caso donde un vendedor no informa a un comprador sobre el potencial problema con la propiedad, y esto fue catalogado como un "típico caso de culpa in contrahendo" (Nunes Fritz, K. (2018). *La culpa in contrahendo en el derecho alemán y brasileño. Un régimen precontractual basado en el derecho alemán de obligaciones*. Berlin: Walter de Gruyterp, pp. pp. 100-101, 112, 369-371, 490-493).

están bajo el control de la parte informante, enfatizando la importancia de que esta información sea pertinente y contemporánea al objeto del contrato (p. 167-178).

Por su parte, Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014), refiriéndose a contratos bancarios[432], donde existe una relación fiduciaria donde la información es clave para tomar una decisión financiera, expresan lo siguiente con respecto al desbalance del monopolio de la información asimétrica:

> La información asimétrica interesa, en concreto, cuando en una negociación, durante las tratativas que llevan al acuerdo, uno de los tratantes "posee información" que era ignorada por el otro, "y que hubiera tenido efecto en los términos del contrato celebrado. Vale decir que de haberse tratado de una información simétrica, compartida, las cláusulas del acuerdo hubieran sido otra, diferentes. (p. 61)

De la misma opinión es Gómez Calle (1993) quien resume su postura frente a esta asimetría de la información:

> Sin embargo, frecuentemente la igualdad entre los contratantes no es más que una pura ficción. En materia de información, es obvio que cada uno de los negociantes conoce o tiene la posibilidad de conocer más fácilmente que el otro aquellos datos que, afectando al contrato que se pretende celebrar en el futuro, le quedan más próximos, o, si se quiere, dentro de su ámbito de conocimiento y/o influencia. Esta desigualdad informativa ha ido aumentando con el paso del tiempo, a consecuencia de la mayor complejidad del tráfico jurídico y económico; fruto de ella ha sido, por un lado, la diversificación de mercancías y servicios, a tal punto que es realmente difícil tener una visión de conjunto del sector de mercado que interesa, así como poder juzgar y valorar adecuadamente la utilidad y conveniencia de unos productos respecto de otros; por otra parte, surgen cada día. (p. 13)

Ahora bien, la Directiva 85/577/EEC del Consejo de la Unión Europea[433], en su numeral cuarto, expone las directrices concomitantes con el deber de informar en el marco de los derechos del consumidor:

> Artículo 4
> En el caso de las transacciones que entran en el ámbito de aplicación del artículo 1, los comerciantes estarán obligados a notificar por escrito a los consumidores su derecho de desistimiento dentro del plazo establecido en el artículo 5, junto con el nombre y la dirección de la persona contra la que puede ejercerse ese derecho.
> Dicha notificación deberá estar fechada e indicar los datos que permitan identificar el contrato. Se dará al consumidor:

[432] Oughton y Davis mencionan la necesidad de que los bancos y otras instituciones financieras tomen 'medidas razonables' para asegurarse de que una persona esté entrando en un contrato libremente y con conocimiento de los riesgos involucrados. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, pp. 367-368).
[433] Directiva 85/577/EEC del Consejo de la Unión Europea, 20 de diciembre 1985.

En el caso del artículo 1, apartado 1, en el momento de la celebración del contrato;
En el caso del artículo 1, apartado 2, no más tarde del momento de la celebración del contrato;
En el caso del artículo 1, apartados 3 y 4, cuando el consumidor haga la oferta.
Los Estados miembros velarán por que su legislación nacional establezca medidas de protección adecuada al consumidor en los casos en que no se suministre la información a que se refiere este artículo.[434]

En España, el deber de información está definido por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU) del 10 de julio de 1984[435], cuyos artículos pertinentes a resaltar son:

Artículo 1: Objeto
La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.
Artículo 2: Ámbito de aplicación
La presente ley será de aplicación a todas las relaciones jurídicas entre los consumidores o usuarios y quienes les suministren bienes, servicios o realicen actividades o funciones en el mercado, cualquiera que sea el estatuto jurídico de los mismos, la naturaleza de la relación jurídica y el lugar de celebración o cumplimiento de la misma.
Artículo 3: Principios rectores
La presente ley se regirá por los siguientes principios:
a) La protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores o usuarios, en especial su salud, seguridad y calidad de vida, así como su derecho a una adecuada información y educación.

[434] El Artículo 1 aludido de la Directiva 85/277/EEC señala: Artículo 1:
1.- Esta Directiva se aplica a los contratos en los que un comerciante suministra bienes o servicios a un consumidor y que se celebran:
- Durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus locales comerciales;
- Durante una visita de un comerciante:
  i). Al domicilio del consumidor o al de otro consumidor;
  ii). Al lugar de trabajo del consumidor;
  donde la visita no se realiza a petición expresa del consumidor.

2. Esta Directiva también se aplica a los contratos para la provisión de bienes o servicios distintos de los que el consumidor solicitó la visita del comerciante, siempre que, cuando solicitó la visita, el consumidor no supiera o no pudiera razonablemente saber que la provisión de esos otros bienes o servicios formaba parte de las actividades comerciales o profesionales del comerciante.
3. Esta Directiva también se aplica a los contratos en los que se hizo una oferta por parte del consumidor en condiciones similares a las descritas en el párrafo 1 o el párrafo 2, aunque el consumidor no estaba obligado por esa oferta antes de su aceptación por el comerciante.
4. Esta Directiva también se aplica a las ofertas contractuales hechas por el consumidor en condiciones similares a las descritas en el párrafo 1 o el párrafo 2, en las que el consumidor está obligado por su oferta.

[435] Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU), 10 de julio de 1984 (España).

b) La protección de los derechos de los consumidores o usuarios frente a los abusos de las posiciones dominantes o de los monopolios.
c) La participación de los consumidores o usuarios en la elaboración y ejecución de las políticas públicas que les afecten.
d) La cooperación entre las Administraciones Públicas, las asociaciones de consumidores y usuarios y los agentes económicos.
Artículo 13.1: Exclusión de responsabilidad
Los productores o distribuidores no serán responsables de los daños causados a los consumidores o usuarios cuando estos hayan sido producidos por su culpa o negligencia, o por la culpa o negligencia de las personas de las que dependan o por las que estén bajo su control.

En el mismo sentido, Camacho Clavijo (2005) aborda el tema del deber de cuidado con particular relación al principio de la buena fe:

> La doctrina es prácticamente unánime en considerar que la buena fe que ha de presidir la actuación de las partes contratantes, también en la fase precontractual, es el fundamento de la obligación de información. Aunque no existe en nuestro ordenamiento, a diferencia del ordenamiento italiano, un precepto que con carácter especial regule la responsabilidad por las actuaciones de la fase precontractual, si existe un reconocimiento jurídico de la buena fe como norma que rige el ejercicio de los derechos y la prohibición de su ejercicio antisocial y que es considerada fuerza integradora del contenido contractual. Tiene el deber de informar aquel de los sujetos contratantes que posea los elementos de información que el otro contratante tiene interés en conocer. Si la buena fe objetiva implica una conducta leal entre las partes, violara la buena fe la parte que ha retenido o alterado datos a la otra parte cuando sabía o debía conocer que eta no habría consentido de haberlos conocido o lo habría hecho en otras condiciones. El principio de buena fe exige una colaboración entre los contratantes ya desde un momento anterior al intercambio de consentimientos. El principio de buena fe debe regir las relaciones precontractuales, con mayor razón será de aplicación cuando éstas se caractericen por un desequilibrio entre las partes producido por una mayor información de una y la ignorancia o menos conocimiento de la otra. Es lo que sucede en los contratos concluidos con consumidores; mientras el profesional conoce perfectamente el producto yo servicio, el consumidor por lo general, lo desconoce totalmente. (pp. 162-163)[436].

[436] Luego Camacho Clavijo concluye que "los consumidores tienen derecho a una información previa veraz y suficiente sobre las características esenciales del servicio o bienes que adquieren (naturaleza, características, condiciones, utilidad, finalidad). Las carencias de la información previa serán consideradas frecuentemente como casos de culpa lata, cuyo tratamiento debe quedar equiparado al dolo: el empresario deberá informar al consumidor no solo [sic] de lo que en realidad conoce sobre las características esenciales del bien o producto sino de las que debería conocer teniendo en cuenta su condición de profesional". (Camacho Clavijo, S. (2005). *Partes Intervinientes, Formación y Prueba del Contrato Electrónico*. Madrid: Reus, p. 163).

Camacho Clavijo (2005) en su obra, parece redondear la idea de que la buena fe está intrínsecamente conectada con su opuesto, la malicia o mala fe, en el contexto del dolo. Esto sugiere una comprensión de la buena fe no sólo como un principio inherente a la ejecución honesta y justa de los actos y contratos, sino también en relación con la intención y el comportamiento opuestos, caracterizados por la mala fe o la intención de engañar. Esta perspectiva resalta la importancia de la intención y la honestidad en las transacciones y acuerdos legales en su etapa precontractual, y lo manifiesta de la siguiente manera:

> Ante un incumplimiento de los requisitos de información, al margen de las sanciones administrativas pertinentes, debe ponderarse su influencia en la modulación del error y el dolo como causa de anulación del contrato. Estamos ante un consentimiento viciado por error, si el defecto de información previa a la celebración del contrato es de tal magnitud que la falta de esta o la información defectuosa es causante de un consentimiento que de otro modo no se habría prestado; y estamos ante un consentimiento viciado por dolo, cuando el defecto de información o la información defectuosa se debe a la voluntad maliciosa de la otra parte contratante que persigue la finalidad de obtener ese consentimiento. (p. 166).

Por otra parte, para completar la figura con respecto al deber de informar y a la lealtad en el intercambio de información, enmarcado en la ley 24240 de Argentina[437], Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) mencionan lo siguiente:

> El tratante leal brinda información, no la retacea; comunica las novedades o alternativas que se van presentando, no las oculta; hace llegar a la otra parte sus inquietudes, dudas o dificultades, no las disimula; en una palabra, es franco y transparente; cuando entiende que el negocio no se puede concretar lo dice claramente, sin demoras ni tergiversaciones; no se aprovecha ni trata de enriquecerse con detalles que conoce a mérito de esas tratativas; procura no incurrir en vicios o errores que puedan invalidar el acuerdo. (p. 289)

Ahora bien, el tema de los derechos del consumidor y su naturaleza jurídica de cara a la CIC en su vertiente del deber de informar, ha sido también objeto de debate en el sentido de incardinar a esta responsabilidad dentro de los trebejos contractuales o extracontractuales. En este sentido Paredes Pérez (2014), haciendo un estudio de los instrumentos legales europeos[438]

[437] Ley 24240 de Defensa del Consumidor de Argentina (L. 24240) sancionada el 22 de septiembre de 1993 y promulgada el 15 de octubre de 1993. (Argentina).

[438] Paredes Pérez (2015) se refiere a los siguientes instrumentos en su trabajo que "tiene como objeto el análisis de los problemas de calificación y las dificultades de interpretación que plantean, a los efectos de la aplicación del Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil1 (RBI bis) y el art. 79.2 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de

atinentes a la formación de un mercado europeo digital y sus contactos con el derecho de los consumidores, explica que la naturaleza de esta responsabilidad precontractual es meramente contractual (p. 27)[439]

Asimismo, el resarcimiento de los daños y perjuicios como producto del quebrantamiento del deber de informar es el llamado interés negativo o de confianza, donde, como dice de la Fuente (2021) "la parte infractora deberá indemnizar a la otra parte en la medida necesaria para dejarla en la situación en la que se había encontrado si, al tiempo de contratar, hubiera contado con la información debida o correcta" es decir, el propio de la responsabilidad precontractual inherente a la institución de la culpa *in contrahendo" (p. 103).*

Otro aspecto que resulta interesante analizar, aunque no es el quid de nuestra investigación, es el referido a la doctrina de la incorporación de la publicidad al contrato[440]. Morales Moreno (2010) lo señala de la siguiente forma:

---

abril de 2016, general de protección de datos (RGPD), las acciones de naturaleza contractual y extracontractual de las que dispone el consumidor con la adopción de la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DCSD), cuya transposición al ordenamiento jurídico español acaba de realizar recientemente el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores4 (RDL 7/2017).

La DCSD forma parte del paquete de medidas de armonización adoptadas en el marco del primer pilar de la Estrategia para un Mercado Único Digital, con el objetivo de crear las condiciones adecuadas para mejorar el acceso de los consumidores a los bienes y servicios digitales en la Unión, entre las que se encuentran también la Directiva (UE)

2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes y que deroga la Directiva 1999/44/CE6 (DCV), y la revisión de la Directiva (UE) 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DDC), a través de la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, sobre mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión" (pp. 2-3).

[439] Paredes Pérez expresa: "la citada acción debe considerarse indisociablemente vinculada con el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional, en la medida en que la acción se basa en el incumplimiento

del deber legal del proveedor de informar al consumidor antes de la celebración del contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. La información mencionada en la citada disposición, que ha de facilitar el empresario antes de la celebración del contrato, tiene una importancia fundamental, puesto que el

consumidor decide sobre la base de esta información si desea vincularse contractualmente con un profesional88, por lo que, se ha de considerar a dicha acción vinculada indisociablemente al contrato efectivamente celebrado entre tal consumidor y el proveedor" (Paredes Pérez, J. (2021). Contratos De Suministro De Contenidos y Servicios Digitales B2C: Problemas De Calificación Y Tribunales Competentes. *Revista Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Núm. 41, 1-39,* p. 29).

[440] Morales Moreno piensa que la publicidad es parte del deber de informar, cuya naturaleza es contractual: "Antes de la STS 27.01.1977, estaba vigente en Derecho español la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad que regula la actividad publicitaria (art. 1 Ley 61/1964), hoy derogada. El Estatuto de la Publicidad no preveía la incorporación de la publicidad al contrato, de manera expresa. Su objeto era regular la publicidad. En relación con su finalidad, establecía que «en el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia» (art. 6 Ley 61/1964), y su artículo 8 se refiere, de modo particular, a la exigencia de veracidad. Las medidas previstas, en caso de infracción de estas exigencias, eran gubernativas (multas); aunque deja abierta, cuanto proceda, la aplicación de medidas penales (art. 64 Ley 61/1964) o civiles (art. 65 Ley 61/1964). A pesar de ello el TS, en algunas sentencias ha reforzado su argumentación invocando el Estatuto de la Publicidad, cuando este era la norma vigente en el momento de los hechos enjuiciados. Posteriormente, tampoco se refiere a la incorporación de la publicidad al contrato la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que deroga al Estatuto de la Publicidad. Esta Ley, en vigor, aunque con diversas modificaciones, regula la publicidad en cuanto tal, pero no su incidencia en los contratos celebrados bajo su influencia. Define la publicidad. En su redacción inicial, definía el concepto de publicidad engañosa, en la actual, simplemente la menciona como una manifestación de la publicidad ilícita

> La responsabilidad por la confianza (entendida en sentido amplio) puede canalizarse, también, a través de remedios precontractuales. Tales remedios se fundamentan en el dolo *in contrahendo* (tanto causal como incidental), el error (imputable al contratante que utiliza la publicidad, aun sin intención de engañar), o la responsabilidad por culpa *in contrahendo*. (p. 987)

Como vemos, este tratamiento del deber de información lo vemos desde el punto de vista del civil law. Este tratamiento no es nuevo, sino que deviene como fruto de la influencia del Digesto. En el acápite posterior veremos cómo el deber de información ha sido abordado por el Digesto. Por otro lado, también veremos en el capítulo III, cómo el *common law* también ha diseñado reglas contra el abuso al consumidor (por ejemplo, FTC Act)[441]. Por ejemplo, tenemos en el derecho inmobiliario[442] la ley de RESPA[443]. A este respecto, Cabanillas Sánchez (2015) hace una atingencia con respecto al derecho inmobiliario español:

> En relación con la compraventa y el arrendamiento de viviendas, el Real Decreto de 21 de abril de 1989 disciplina ampliamente la obligación legal de los vendedores o arrendadores de viviendas que actúen en el marco de una actividad empresarial o profesional de informar a los consumidores, debiendo tener a disposición del público, y en su caso de las autoridades competentes, una completa información sobre la vivienda que se pretende vender o arrendar. (p. 786).

Por su parte, y como también lo veremos en el capítulo III referido a la misrepresentation del *common law*, la ley del *common law* referida al deber de informar[444] al usuario por parte de los bancos

(art. 3 Ley 34/1988). Las medidas de la Ley General de Publicidad frente a la publicidad engañosa no se refieren a la vinculación contractual. Es la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 8 la que regula la vinculación contractual a consecuencia de la publicidad" (Morales Moreno, A. (2020). Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe. Anuario de Derecho Civil, 73(3), 983-1065. Recuperado de https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5973/5973 [Consultado el 20 de agosto de 2023], pp. 990-991).

[441] Federal Trade Commission Act. [FTC Act]. 15 U.S.C. § 45 (1914).

[442] Roberts eñala el 'deber de revelar defectos' en las transacciones inmobiliarias. Este deber exige al vendedor divulgar cualquier defecto que sea conocido por él, que no sea observable para el comprador y que afecte materialmente el valor de la propiedad. (Roberts, F. (2011). Disclosure Duties in Real Estate Sales and Attempts to Reallocate the Risk. 34 Conn. L. Rev. 1, pp. 4-7).

[443] Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.).

[444] Por su parte Sonnabend en concreto, analiza la responsabilidad del emisor de un folleto por negligencia grave en caso de información incorrecta (Sonnabend, W. (1984*). Los tipos de culpa in contrahendo con especial consideración del contenido de la demanda por daños y perjuicios.* Bielefeld: Dr. H. -P. Westermann, pp. 63-66). En este sentido, también puede consultarse el trabajo de Nickel quien analiza la relación entre la responsabilidad del folleto y los problemas internos de la empresa y aboga por una relación con la ubicación de la sede de la empresa. También analiza la importancia de considerar la proximidad de la responsabilidad del folleto civil a la responsabilidad del folleto legal especial, que tiene un impacto significativo en la legislación del mercado de capitales (Nickel, C. (2004). *Las consecuencias jurídicas de la culpa in contrahendo*. Berlín: Duncker y Humblot, p. 44, 263).

en situaciones de una gestión crediticia[445], la encontramos en la ley TILA[446]. Aparte de estas leyes, existen otras en el common law que imponen un deber de informar ("duty to disclose"), por ejemplo RESPA[447], FTC Act[448], ECOA[449], entre otras.

De otra parte, si bien es cierto que nuestro tema de análisis es el comparar la RINP (tercera vertiente de la CIC) con el PE, no es ocioso recordar que el deber de informar, y en este caso de la publicidad, es de naturaleza contractual[450] y no se puede perder de vista el carácter "engañoso" que envuelven los casos referidos a publicidad engañosa[451], es decir, una violación al deber de actuar de buena fe que comporta necesariamente la probanza de la mala fe o el dolo (en este caso: propaganda engañosa, es decir, contraria a la buena fe)[452].

---

[445] Oughton y Davis, el deber de cuidado surge cuando se establece una relación especial entre las dos partes, y entonces se requiere que el banco actúe en el mejor interés del cliente, en lugar de aprovecharse de él. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 367).

[446] Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.)

[447] Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.).

[448] Federal Trade Commission Act. [FTC Act]. 15 U.S.C. § 45 (1914).

[449] Equal Credit Opportunity Act. [ECOA]. 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974).

[450] Morales Moreno, piensa: "Sin embargo, al considerar la incorporación de la publicidad al contrato, a menudo, se tiene a la vista un modelo de situación: el carácter engañoso de la publicidad y la actuación dolosa del contratante, aunque no sea este el supuesto de aplicación de la regla de incorporación de la publicidad al contrato." (Morales Moreno, A. (2020). Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe. Anuario de Derecho Civil, 73(3), 983-1065. Recuperado de https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5973/5973 [Consultado el 20 de agosto de 2023], p. 1004). Por su parte, Canaris sostiene que la culpa in contrahendo puede surgir de información incorrecta proporcionada por el vendedor, lo que puede llevar a que el comprador celebre un contrato que de otro modo no habría firmado (Canaris, C. (1982) Interrupciones en el Desempeño al comprar una Empresa. *Revista de Derecho Comercial y Corporativo, 11 año*, 396-434. Berlín: Walter de Gruyter & Co., p. 423).

[451] Canaris menciona que la doctrina de la CIC puede usarse para llenar vacíos en la protección de áreas problemáticas, como cuando alguien se ve tentado negligentemente a celebrar un contrato que no tengan sentido para ellos, o cuando exista publicidad engañosa (Canaris, C. (1982) Interrupciones en el Desempeño al comprar una Empresa. *Revista de Derecho Comercial y Corporativo, 11 año,* 396-434. Berlín: Walter de Gruyter & Co., p. 419).

[452] En este sentido Shell manifiesta:

> Los materiales legales y jurisprudenciales presentados en la Parte II demuestran que las leyes estatales FTC, con su énfasis explícito en normas de equidad y honestidad en las relaciones comerciales y sus remedios supercompensatorios, son fundamentales para las tendencias de derecho comercial descritas en la Parte I. De acuerdo con la sugerencia de Fuller y Perdue hace más de cincuenta años, las leyes estatales FTC han eliminado los 'límites antiguos' entre las teorías de responsabilidad comercial de contrato y tort. Los contratos son importantes en el análisis de la ley estatal FTC sólo en la medida en que describen la relación comercial explícita entre las partes. Si la conducta de una de las partes no alcanza las suposiciones de comportamiento implícitas subyacentes en la relación, el tribunal puede ignorar el contrato y regular la conducta subyacente aplicando estándares de injusticia y engaño basados en el contexto.
>
> La jurisprudencia de la ley estatal FTC ha ido más allá del ideal de un enfoque integrado y orientado a políticas hacia los contratos de Fuller y Perdue. Incluso las reglas del derecho de daños han perdido sus identidades distintas en la aplicación judicial de las normas éticas de 'injusticia' y 'engaño'. Por lo tanto, las leyes estatales FTC han dado el paso conceptual final previsto por el profesor Gilmore. Tanto el contrato como el delito han sido 'absorbidos' en un régimen generalizado de 'obligación civil' basado en los principios éticos de tratos justos y honestos entre empresarios." (Shell, R. (1988). Substituting Ethical Standards for Common Law Rules in Commercial Cases: An Emerging Statutory Trend. *82 Nw. U. L. Rev. 1198,* p. 1235).

Ahora bien, veamos la parte histórica de esta figura, y para ello nos remontamos al Digesto.[453] Muchos autores consideran que el moderno derecho de los consumidores es el producto de los avances de la doctrina de Ihering referida a la vertiente concomitante con el deber de informar por parte del vendedor, cuyo deber es coetáneo con el de no engañar en una transacción comercial.

Sin embargo, el deber de informar viene derivado del propio Digesto del Emperador Justiniano[454], quien en los 50 libros que componen las Pandectas, recopiló la información más importante de los pretores romanos hasta ese momento para perennizar su élan histórico y su legado a la humanidad.[455]

Uno de esos legados que tenemos hasta la actualidad es el deber de informar. Veamos brevemente algunas citas del Digesto sobre este tema, con el fin de demostrar que la segunda vertiente de la CIC en realidad es una reproducción del alcance de Roma hasta nuestros tiempos. Tenemos, por ejemplo:

Referencia del Digesto	Cita Textual del Digesto
31.16 (21.1)	Ulpiano, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro I. (16) Cuando alguien interpone una acción para obtener una indemnización por daños y perjuicios por el valor disminuido de un esclavo, por haber huido, y luego demanda porque el esclavo no está sano; ¿Por qué cantidad debe dictarse sentencia? No hay duda de que la acción por daños y perjuicios debido a la huida del esclavo se puede presentar varias veces. Julianus, sin embargo, dice que se debe tener cuidado para evitar que el comprador obtenga ganancias y recupere la tasación de la misma propiedad dos veces.

[453] Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm. En adelante "El Digesto".

[454] Gómez Calle también comulga con esta idea, aunque conectando este principio de informar con el de la buena fe cuando manifiesta que la presencia de las exigencias de la buena fe en esta fase ya se admitió en Derecho romano. (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, pp. 12 y ss.)

[455] En este sentido Reisberg (2018) cree encontrar un antecedente romano en la figura de la CIC del derecho continental: "Para la ilustración, se puede señalar la ley continental tiene un trasfondo de derecho romano y contiene muchos conceptos latinos, como culpa In Contrahendo, in dubio pro reo, de iure, de facto, y ius commune" (Reisberg, L. (2018). Interpretación de conceptos jurídicos indefinidos y cumplimiento de lagunas legales, en el marco semiótico de Juri Lotman. *Revista Jurídica International 27*, 3–11, Universidad de Tartu, Estonia, p. 6).

1.1 (21.1)	1. Ulpiano, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro I. Labeo afirma que el Edicto de los ediles curules tiene referencia a las ventas de bienes, ya sea que se trate de terrenos, artículos muebles o de los que se mueven. (1) Los ediles dicen: "Quienes vendan esclavos deben informar a los compradores si tienen alguna enfermedad o defecto, si tienen la costumbre de fugarse o deambular, o si no han sido liberados de la responsabilidad por los daños que han cometido". Todas estas cosas deben declararse públicamente en el momento en que se vendan los esclavos. Si un esclavo se vendiera en violación de esta disposición, o en contra de lo que se ha dicho y prometido en el momento en que se hizo la venta, por lo cual podrá entenderse que el comprador y todos los interesados deben ser indemnizados, concederemos una acción para obligar al vendedor a tomar de nuevo el dicho esclavo, pero si después de la venta y entrega, el valor de dicho esclavo hubiere sido disminuida por el acto de los esclavos del comprador, o de su agente; o cuando una esclava ha tenido un hijo después de la venta; o, si se ha hecho alguna accesión a la propiedad resultante de la venta; o si el comprador ha obtenido alguna ganancia de dicha propiedad, debe restituirla íntegramente. Además, si él mismo hizo alguna adición a la propiedad, puede recuperarla del vendedor. Además, si el esclavo ha cometido un acto ilegal punible con la muerte, si ha sido culpable de cualquier acto contra la vida de alguien, o si ha sido introducido en la arena con el propósito de luchar contra las fieras; todas estas cosas deben declararse al tiempo de la venta; porque en estos casos concederemos una acción para la devolución del esclavo. Además, también otorgaremos una acción cuando se demuestre que una de las partes, a sabiendas y de mala fe, vendió un esclavo en violación de estas disposiciones".
26-parr (19.1)	26. Alfenus Verus, Compendio, Libro II. Si alguno, al vender un predio, dijere que en el predio había cien toneles, que eran accesorios del mismo; aunque no hubiera más que un tonel allí, estará obligado, sin embargo, a proporcionar cien toneles al comprador.

27- par (19.1)	27. Paulus, Epitomes de Alfenus, Libro III. Todo lo que el vendedor indique que es un accesorio debe entregarse en buen estado y en buenas condiciones; como, por ejemplo, cuando dice que cierto número de toneles son accesorios de la tierra, debe proporcionarlos enteros y no rotos.
30.1 (19.1)	30. Africanus, Preguntas, Libro VIII. (1) Si me vendes a sabiendas una propiedad que pertenece a otro, mientras yo lo ignoro, Juliano sostiene que puedo invocar adecuadamente una acción de compra contra ti, incluso antes de que me prive de la propiedad por un título mejor, por una cantidad igual a mi interés en que se convierta en mía; porque si bien, por otro lado, es cierto que el vendedor sólo es responsable de la entrega de la propiedad al comprador, y no de transferirle el título, sin embargo, por la razón de que debe garantizar que no está cometiendo fraude, el que a sabiendas vende la propiedad de otro a quien ignora que no es suya, es responsable. Esta regla es especialmente aplicable si manumite a un esclavo o vende una propiedad que se iba a dar en prenda.
13.7-8 (19.2)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (7) Un inquilino abandonó el local ante la aproximación de un ejército, y los soldados posteriormente retiraron las ventanas y otras cosas de la casa; si el inquilino no notificó al propietario cuando se fue, será responsable de una acción de arrendamiento. Labeo dice que si pudo resistir, y no lo hizo, será responsable; y esta opinión es la correcta. Pero si no pudo notificar al propietario, no creo que sea responsable. (8) Donde alguien alquila medidas, y un magistrado ordena que sean destruidas; si eran falsas, Sabino hace una distinción entre el caso en que el arrendatario estaba al tanto del hecho y el caso en que no lo estaba. Si sabía que eran falsas, se interpondrá una acción de arrendamiento, de lo contrario no. Si las medidas eran correctas, solo será responsable en el caso de que sea culpable del acto del edil. Esta opinión también es compartida por Labeo y Mela.
9.2 (19.2)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII.

	(2) Julianus dice en el Libro Decimoquinto del Digesto, que, cuando alguien arrienda tierra con la condición de que, si algo le sucediera por el ejercicio de una fuerza irresistible, él será responsable de lo mismo; debe cumplir con el contrato.
60.8 (19.2)	60. Labeo, Last Epitomes de Javolenus, Libro V. (8) Usted contrató un vehículo para llevar su equipaje y hacer un viaje, y cuando se cruzó un puente y el cuidador exigió peaje, surgió la pregunta de si el conductor debería pagar peaje solo por su transporte. Yo creo que, si supiera cuando alquiló su vehículo que cruzaría el puente, debería pagar el peaje.
62-parr (19.2)	62. Labeo, Probabilidades, Libro I. Si haces un contrato para cavar un canal, lo completas y, antes de que sea aceptado, es destruido por accidente, el riesgo será tuyo. Paulus dice que, aunque el accidente haya ocurrido por alguna falla del terreno, la parte que contrata el trabajo a realizar debe ser responsable; pero si sucedió porque la obra fue defectuosa, debe cargar con la pérdida.
8-parr (18.6)	8. Paulo, Del Edicto, Libro XXXIII. Es necesario determinar cuándo se completa la venta, pues entonces sabremos quién debe ser responsable del riesgo; ya que, perfeccionada la venta, el comprador debe asumirla. Si se determina la calidad y cantidad de la propiedad a vender, así como el precio de la misma, y se vende sin condición alguna, la transacción es completa. Sin embargo, si se vende bajo una condición, y la condición no se cumple, la venta es nula, lo mismo que en el caso de una estipulación. Próculo y Octaveno dicen que la propiedad está a riesgo del comprador tan pronto como se cumple la condición, y Pomponio aprueba esta opinión en el Libro Noveno. Sin embargo, si estando pendiente la condición, muere el comprador o el vendedor, se establece que, cumplida la condición, quedarán también obligados sus herederos, como si la transacción se hubiera celebrado con referencia a algún tiempo que había pasado.
35.8 (18.1)	35. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro X. (8) Si alguno, al vender un terreno, oculta al comprador el nombre de su prójimo, y éste, habiéndolo conocido, no compra la propiedad, tenemos por responsable al vendedor.
39.1 (18.1)	39. Julianus, Digesto, Libro XV. (1) Es probable que cuando alguien venda aceitunas que aún cuelgan de los árboles, y estipula que se obtengan diez libras de aceite de las mismas, pretenda ser pagado con lo que se obtenga de ellas hasta diez libras de aceite. aceite. Por tanto, si el comprador sólo puede extraer cinco libras de aceite de dichas aceitunas,

	varias autoridades sostienen que no será responsable de más de las cinco libras del aceite que haya obtenido.
40-parr (18.1)	40. Paulus, Epitomes del Digesto de Alfenus, Libro IV. Un hombre que vendió un terreno declaró en el contrato: "Que el comprador debe medir el terreno dentro de los próximos treinta días, y debe darle aviso de la medición, y si no lo hizo dentro de ese tiempo, el vendedor debe ser liberado de su obligación". El comprador dio aviso de la medida dentro del tiempo indicado, que resultó ser menor en extensión de lo que suponía, y en esta cuenta recibió dinero del vendedor. Después vendió la tierra, y cuando él mismo la estaba midiendo para su propio comprador, descubrió que había mucha menos tierra en el terreno de lo que pensaba que había. Se planteó la cuestión de si la cantidad de la deficiencia podría recuperarse de su proveedor. La respuesta fue que debían examinarse los términos del contrato. Porque si se hubiera dicho: "Que el comprador mida el terreno dentro de los próximos treinta días, y notifique al dueño cuánto faltaba en la medida", y éste se lo notificó pasado el trigésimo día, de nada serviría. a él; pero si en el contrato se hubiera dispuesto "que el comprador mida el terreno dentro de los treinta días siguientes, y le notifique la medida del mismo", aunque le notifique que el terreno era menor en tamaño de lo que había sido suponía que podía, incluso después de varios años, entablar una acción para recuperar el valor de la deficiencia.
9.1 (40.7)	9. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXVIII. (1) Si un heredero vende un esclavo en una condición diferente de aquella de la que depende su libertad, su estado no cambia; y puede librarse del control del comprador, como puede hacerlo del del heredero. Pero si el heredero ocultare la condición con que el esclavo ha de ser liberado, estará sujeto a la acción de compra; y las buenas autoridades sostienen que cualquiera que a sabiendas oculta la condición bajo la cual un esclavo ha de ser libre, y lo vende absolutamente, es culpable de estafa.
9-parr (42.9)	9. Paulus, Sobre el Edicto, Libro LXII. Cierto hombre a sabiendas compró un artículo de un deudor cuya propiedad había sido tomada en ejecución, y luego se lo vendió a un comprador de buena fe. Se planteó la cuestión de si se podía iniciar una acción contra el segundo comprador. La opinión de Sabinus, que un comprador de buena fe no es responsable, es la mejor; porque el fraude sólo debe perjudicar al que lo comete, así como sostenemos que el comprador no será responsable si, ignorando los hechos, compró la cosa al mismo deudor. Pero el que la compró fraudulentamente y después la vendió a un comprador de buena fe, será responsable de la suma total que recibió por la propiedad.
10.2 (42.9)	10. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXXIII. (2) Donde el Pretor dice, "consciente del hecho", debemos entender esto en el sentido de que sé que estás cometiendo un fraude; porque si sólo sé que tenéis acreedores, no bastará para hacerme responsable de una acción de factum, porque debo haber participado en el fraude. (3) Si alguien no es partícipe en un fraude, y aun así, en el momento de la venta de la propiedad del deudor, debe ser citado por los acreedores y notificado por

	ellos en presencia de testigos para no comprar la propiedad, ¿él ser pasible de una acción *de factum* si lo hiciera? La mejor opinión es que será responsable, porque cualquiera que es notificado de no comprar en presencia de testigos, y lo hace, no está libre de fraude. (4) Sin embargo, otra cosa es cuando alguien sabe que otro tiene acreedores, y hace con él un contrato absoluto, sin saber el fraude; porque no se le considera responsable de esta acción.

Con estas citas queda claro que el deber de informar no es patrimonio exclusivo de la CIC, sino que nace de las entrañas del Digesto. El texto del Digesto refleja un principio jurídico antiguo que sigue siendo fundamental en el derecho moderno: el deber de informar en las transacciones comerciales. Este principio, presente tanto en *el civil law* como en *el common law*, obliga a los vendedores a divulgar información esencial sobre los bienes o servicios que ofrecen, asegurando así la transparencia y la equidad en el mercado.

En los escritos de juristas romanos como Ulpiano, Alfenus Verus, y Paulus, encontramos ejemplos claros de este deber. Los vendedores de esclavos, por ejemplo, debían informar a los compradores sobre cualquier enfermedad o comportamiento problemático. La omisión de estos detalles podía resultar en acciones legales para el comprador, como la devolución del esclavo o una compensación.

Este deber de informar se extendía a la venta de bienes inmuebles y accesorios. Los vendedores eran responsables de garantizar que los bienes se entregaran en el estado prometido y de proporcionar cualquier elemento faltante o dañado, bajo pena de ser responsabilizados.

En el contexto moderno, estas ideas se reflejan en las leyes de protección al consumidor. Estas leyes, tanto en el sistema del *civil law* como en el *common law*, imponen a los vendedores la obligación de ser transparentes y honestos acerca de lo que están vendiendo. Esto incluye informar sobre defectos, riesgos potenciales y otras características relevantes del producto o servicio. La omisión de información crucial o el engaño pueden llevar a sanciones legales, incluyendo el derecho del consumidor a devolver el producto o recibir una compensación.

Así, los principios establecidos en el Digesto romano han influenciado y se han mantenido en el derecho contemporáneo, demostrando la persistencia de la idea de que la honestidad y la transparencia son esenciales para el comercio justo y la protección del consumidor.

Asimismo, brevemente analizaremos el recorrido casuístico con respecto al deber de divulgar, aunque esta vertiente de la CIC no es elemento central para nuestro tema de estudio, sino la tercera vertiente de la CIC (Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares RINP) que se ha de comparar con la figura del misrepresentation (capítulo III y anexo III) con el Promissory Estoppel (capítulo V y anexo IV).

2.2.2. Deberes de lealtad en la negociación

Los deberes de información no son buenos ejemplos para estudiar ni los RINP ni los PE, pese a que sean buenos ejemplos para entender el accionar de la CIC o de la teoría del fraude o restitución o *misrepresentation*, o hasta de los *torts*.

Los ejemplos sobre el quebrantamiento de la obligación de negociación de buena fe, sí son ejemplos de la RINP, comparables con la teoría del PE, y ése será justamente el tema del próximo capítulo.

Entretanto, veamos algunos casos que fueron enviados al Tribunal Arbitral que lindan con el artículo 2.1.15 de los Principios UNIDROIT que dictan que las partes deben negociar de buena fe. Recordando este principio del UNIDROIT, el citado numera 2.1.15 manifiesta que:

(1) Una parte es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo.

(2) Sin embargo, una parte que negocia o rompe las negociaciones de mala fe es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

(3) Es de mala fe, en particular, que una parte inicie o continúe negociaciones cuando tiene la intención de no llegar a un acuerdo con la otra parte.[456]

En atención a este numeral estudiaremos a continuación los laudos arbitrales internacionales recogidos de una plataforma virtual "UNILEX"[457] que recoge los laudos arbitrales

[456] Principios de Contratos Comerciales Internacionales (Unidroit). §2.1.15. 2004.
[457] UNILEX database [en línea]. Disponible en https://www.unilex.info/main/about. [Consulta 24 de febrero de 2023].

más importantes a nivel mundial referidos al uso de los Principios UNIDROIT y del CISG[458] pero que ahora veremos su desenvolvimiento en función a la responsabilidad precontractual en torno a la obligación de negociar de buena fe, con su consecuente análisis de la manera en que el laudo pudo haber sido resuelto haciendo uso del RINP o del PE, con el fin de determinar cuál de ambas figuras es más justa o eficiente.

2.3. Deber de negociar de buena fe o la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP)

2.3.1. La buena fe como elemento de la RINP

Como venimos estudiando desde el capítulo primero, en el momento en que la doctrina incorpora la buena fe como motor central de la CIC (en especial para la tercera vertiente: RINP) la parte actora necesariamente tiene que demostrar que la buena fe (que se presume) ha sido conculcada al momento en que la confianza[459] de la parte promisoria ha sido no solamente burlada sino "defraudada". Este elemento de "mala fe", dolo o "fraude" es un elemento central de la concepción doctrinal y jurisprudencial de la RINP.

Para Ordoqui Castilla, por ejemplo, los requisitos de la RINP son:

a). Existencia de tratativas consentidas con planteos serios, concretos.

b). Ejercicio del derecho de retracto con ruptura intempestiva o injustificada de las tratativas.

c). Que con este accionar se cause un daño cierto y real.

d). El daño debe relacionarse causalmente con la confianza suscitada y defraudada.

En este mismo sentido, Ordoqui Castilla (2017) se refiere a la interacción de la buena fe con el ejercicio abusivo del derecho de la siguiente forma:

[458] Para un análisis más completo sobre dos problemas del CISG, tanto un problema intrínseco de la interpretación de las propias disposiciones de la CISG, como el deber del comprador de inspeccionar los bienes y notificar al vendedor cualquier no conformidad, u otro extrínseco, cual es la posibilidad de que el comprador recurra a remedios domésticos concurrentes si por alguna razón los remedios de la CISG están excluidos, ver Shwenzer, I. (2007). Buyer's Remedies in The Case of Non-Conforming Goods: Some Problems in A Core Area of the CISG. *101 Am. Soc'y Int'l L. Proc.* p. 416).

[459] Pardolesi habla de "confianza justificable". (Pardolesi, P. (2009). *Promissory Estoppel: Confianza y vinculación de la promesa*. Bari-Italia: Cacucci Editores, pp. 64-65).

> En definitiva, lo que se busca evitar es el ejercicio abusivo del derecho al retracto, lo que supone ejercer un derecho fuera de las exigencias de un proceder acorde a la buena fe… La buena fe objetiva aparece como norma de conducta destinada a proteger la confianza de un sujeto y la lealtad y corrección del otro. (p. 257).

Posteriormente Ordoqui Castilla (2017) aclara la definición de ruptura "injustificada" o abusiva[460] de negociaciones, cuando:

> a). Se inició la tratativa sabiendo que no se concluiría en ningún contrato, existiendo incluso una conducta dolosa; b) aun sin que haya dolo se inician tratativas similares en dos frentes, con más de una persona, con la idea de contratar con una sola de ellas; c). se ejerce el derecho de retracto con abuso… (p. 260)

Y luego sentencia: "Si existe dolo (falta de intención real de contratar) puede fácilmente deducirse que se trastocó la razonable confianza" (p. 261).

Con ello queda claro, que la mala fe, el dolo, el engaño o el fraude, debe probarse para demostrar que la buena fe o la confianza fue quebrada o defraudad. El elemento dolo juega un papel preponderante en la figura del RINP, con ello la teoría pasa de ser una ruptura injustificada de negociaciones preliminares a una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares.

2.3.2. La buena fe objetiva y subjetiva

Como vimos en el capítulo I, existe una buena fe objetiva, que es el principio ordenador de toda actividad humana, concomitante con el valor justicia y la equidad. Este es uno de los legados de Roma. La buena fe subjetiva consiste en la creencia subjetiva de creer hacer lo correcto.[461]

[460] Pardolesi destaca la importancia de la 'diligencia, corrección y buena fe' para evitar comprometer los intereses de los involucrados en las negociaciones. (Pardolesi, P. (2011) El Estoppel Promisorio, La Promesa Unilateral Y la Culpa En Contrahendo: ¿Relaciones Peligrosas? *En Seminario de Derecho Privado Comparado de la Universidad de Bari Aldo Moro, Facultad de Derecho en Toronto*. Bari: Cacucci Editore, pp. 378-379).

[461]De La Puente y Lavalle discernió dos sentidos de la buena fe, tanto objetiva como subjetiva, en el siguiente sentido: "Si examinamos estos dos sentidos del concepto de buena fe podemos percibir que, no obstante ser fundamentalmente dispares desde que en un caso (sentido subjetivo) se trata de la apreciación de una situación personal mientras que en el otro (sentido objetivo) de la aplicación de una regla impersonal de conducta, en ambos casos lo que está en juego es el juzgamiento de una conducta, o sea determinar si en el primer caso el sujeto actuó porque honradamente creyó y en el segundo si actuó de acuerdo a lo que honradamente debió" (De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Artículo 1362*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, p. 332).

Dawson (1970) analiza los riesgos de la expansión del principio de "buena fe" a partir del numeral 242 del BGB[462], a partir de los riesgos que impone dicha operación:

> Las cláusulas generales, especialmente la cláusula de "buena fe" (artículo 242), ilustran el proceso mediante el cual los académicos del derecho se han sumado conscientemente a la campaña para imponer orden al caos generado por los jueces. "Buena fe" hace mucho tiempo que se desvinculó de su base en el derecho privado de las obligaciones para convertirse en el estándar omnipresente en todas las esferas del derecho alemán. No solo ha permitido a los tribunales invocar ideales morales y sociales de alto nivel que sobrevuelan las normas legales formalmente válidas, sino que también exige que la justicia se individualice, a través de la evaluación de todos los elementos únicos de cada caso en particular. Sin embargo, la clasificación pronto reveló que la masa conglomerada de soluciones atribuidas por los tribunales al artículo 242 se podía agrupar en conjuntos o "tipos", para cada uno de los cuales se podía encontrar algún principio organizador. El principio podría estar relacionado con una conducta (por ejemplo, demora perjudicial en la afirmación de un reclamo, afirmaciones de hechos o intenciones en las que otros habían confiado) o alguna interrupción identificable en una relación jurídica (por ejemplo, falta de cooperación o cambios en las condiciones de un contrato). La tarea de los académicos del derecho era identificar los "tipos" y aislar los principios de la riqueza de detalles en casos concretos. Estos principios subordinados, una vez extraídos, comenzaron a ser tratados por los tribunales y abogados como si se hubieran desprendido de su fuente en el artículo 242 y hubieran adquirido fuerza propia. En 1955, un autor anunció alegremente que a través del proceso de "tipificación" las cláusulas generales habían sido "contenidas". Esto parece ser excesivamente optimista. La clasificación y reordenación de las creaciones judiciales en nombre de la "buena fe" y la "buena moral" presentan un desafío continuo para los organizadores del derecho alemán. (p. 496)

En efecto, este desafío y riesgo se pone de manifiesto con respecto a la CIC, como lo adelantamos en el capítulo I, al analizar el efecto de la relación del numeral 311 del BGB[463] con el 242 para definir la CIC.

En el mismo sentido, Dobrila (2015) explica esta sutil diferencia entre la buena fe objetiva y subjetiva en el sentido siguiente:

---

[462] Numeral § 242 del BGB dice: "El deudor está obligado a cumplir la prestación requerida por la buena fe con respecto a la práctica habitual

[463] Numeral § 311 del BGB: (1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
(2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
1. El inicio de las negociaciones del contrato,
2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o
3. Contactos similares de tipo negocial.

> El significado objetivo de buena fe y la buena fe subjetiva: la buena fe subjetiva se define como un estado mental subjetivo, sin saber ni tener que saber de un determinado hecho o evento (con relevancia en el derecho de propiedad, adquisición de buena fe), y la buena fe objetiva es el concepto al que se refieren las cláusulas generales de buena fe, se considera una norma para el comportamiento de las partes contratantes, actuando de conformidad con la buena fe o en contra de ella. (p. 4)

Si bien es cierto Ihering no impuso la "buena fe" como motor central de su teoría, sino el quebrantamiento del deber de actuar con diligencia en los contratos, la doctrina que malinterpretó a Ihering (como lo vimos en el capítulo anterior) propone desprender la fuerza vinculante de la CIC del principio general de la buena fe, al igual que el derecho italiano con el numeral 1342 de su CC, en clara contradicción a los postulados de Ihering que explícitamente expuso que su teoría no podía estar basada en la buena fe mas sí en la negligencia (Ihering, 1861, p. 30 y 37).

No existe ningún texto del Digesto, como lo apreciamos del estudio del Digesto, cuyo resumen taxonómico se encuentra en el apéndice 2 de esta obra, que imponga un deber de negociar de buena fe. Antes, al contrario, los textos del Digesto sugieren que la buena fe se presume y que la mala fe (que se la equipara con la malicia y el fraude) queda entroncada con el dolo, convirtiendo a la teoría de la culpa in contrahendo una postura contradictoria donde el fraude (mala fe) termina por devorar a la culpa por negligencia (que era la postura inicial de Ihering, 1861, p. 37).

2.3.3. El dolo in contrahendo que devoró la culpa

En teoría, la CIC se originó como una teoría que derivaba solamente de la "culpa" strictu sensu, es decir, de la negligencia o la falta de diligencia. Este aspecto Ihering (1861) lo especificó claramente al momento de analizar el motor central de su teoría en base al análisis de diversos textos romanos (Digesto) para tratar de encontrar una justificación al porqué una parte debería ser responsable de los daños económicos sufridos a consecuencia de proceder o actuar de acuerdo a las representaciones del promitente (p. 37).

Es decir, Ihering (1861) trata por todos los medios de desprender cualquier conexión de la CIC con la buena fue (p. 30) puesto que piensa que la buena fe se presume y que ambas partes

presuntamente estarían actuando de buena fe. De modo que probar el opuesto a la buena fe: la mala fe, acarrea necesariamente probar una malicia que se define como dolo o fraude (p. 37).

Básicamente lo que Ihering trató de hacer fue hacer un esfuerzo para impedir que el dolo se apodere de la culpa, por eso pensó que la buena fe no podía ser el motor de la CIC sino la negligencia, puesto que toda negligencia es el correlato dialéctico de una falta de diligencia debida. Este estudio preliminar, como lo vimos en el capítulo anterior (y corroborado por las citas del Digesto que las reproducimos en el apéndice 1) muestra claramente que Ihering (1861) trató de insacular la doctrina de la CIC dentro de los trebejos contractuales y no extracontractuales (p. 30, 37).

Sin embargo, como lo vimos en el capítulo 1, los otros doctrinarios como Faggella, Larenz, Siber, Saleilles, etc., explícitamente se deshacen del principio de la diligencia debida y abrazan la buena fe como principal elemento de esta teoría. Como lo vimos en el capítulo anterior, esta incorporación de la buena fe acarrea que dicha teoría se reconduzca a los trebejos extracontractuales.

Como fácilmente se puede comprobar por la copiosa casuística española, italiana, francesa y alemana (del capítulo 6 de esta obra), los jueces han adoptado la CIC como una figura de responsabilidad extracontractual, donde la buena fe se presume, y donde la mala fe debe probarse[464].

Asimismo, como lo vimos en la parte atinente a Roma, en el Digesto pudimos apreciar que la buena fe es un principio que, al igual que la equidad y la diligencia, recorren los entresijos de la vida humana. No hay, para el Digesto, nada que no se haga con buena fe. Sin embargo, el mismo Digesto explica que la buena fe es presumida y que la mala fe (equiparada al fraude o dolo) es castigada.

De modo que al incluir a la buena fe como elemento indispensable de la CIC (contra el pensamiento y planteamiento de Ihering, 1861, pp. 30 y 37), la buena fe hace que la culpa quede

[464] En la sentencia STS 15-10-2011 (6635/2011) -en adelante, caso Suprasport"-, la Corte española sostuvo: "Esa responsabilidad se lleva por algunos - entre ellos, la recurrente - al ámbito contractual y por otros al extracontractual o al de un "tertium genus", como consecuencia de la extensión del deber de buena fe a los momentos preparatorios de la celebración de los contratos. La sentencia de 16 de mayo de 1988 destacó que" [...] una *culpa in contrahendo* [...] al faltar aquella relación contractual, se nos ofrece como aquiliana [...]"

subsumida dentro del dolo, porque la mala fe debe probarse, es decir, el dolo o el fraude deben probarse para demostrar que la parte que actuó maliciosamente es responsable[465].

De esta manera, en teoría, la CIC estaría compuesta de culpa "in strictu sensu" y de dolo (o mala fe).[466] Sin embargo, en la práctica (como lo veremos en el capítulo 6), el dolo devora a la culpa, con lo cual la figura de la extracontractualidad de la CIC predomina sobre la contractualidad que proponía originalmente Ihering.

Consecuente con la definición de dolo o fraude del Digesto, Torres Manrique (2004) afirma que el dolo "supone un engaño, es inducir deliberadamente en error a otra persona con el objeto de inducirla a celebrar un acto jurídico. Puede revestir dos formas: Afirmación de lo que es falso. Deliberada ocultación de lo verdadero" (p. 28). Y estas discusiones son en realidad interminables.

Con ello, la CIC queda doctrinalmente divida en dos sectores, un sector que favorece la CIC como figura contractual enancada en la diligencia (al modo que propuso Ihering, 1861) y otro sector que se condice con la incorporación de la buena fe como elemento central de su filosofía.[467]

Cuando la buena fe se introduce en la CIC como elemento esencial de dicha figura (pese a que -como lo manifestamos en la herencia de Roma de que la buena fe objetiva era un principio que gobierna toda actividad del derecho público y privado-) para que tenga operatividad la parte recurrente necesita fundar su acción en la mala fe, la misma que se equipara con el dolo o el fraude. Con ello, el efecto probatorio es sumamente alto. Ordoqui Castilla (2017) lo considera de la misma forma: "a*sí* como la buena fe se presume, el dolo *debe* ser probado cada vez que se invoque. No son muchos los casos de anulación por dolo y ello no tanto porque no se invoque sino porque lo realmente complejo es su prueba." (p. 412).[468]

Con ello, la culpa desaparece y la mala fe reina como elemento de juicio. El problema es que que para la parte afectada, probar la mala fe o el dolo, no es tarea sencilla, porque tiene que demostrar el estado mental del agresor desde la perspectiva de una ausencia de buena fe. Este elemento probatorio hace que la CIC enancada en la figura del dolo resulte una figura onerosa

[465] Ordoqui Castilla piensa que "la identidad del dolo se encuentra en la intención de dañar o engañar. La culpa refiere a la falta de la diligencia debida. Conviene aclarar que el dolo vicio se caracteriza por la intención de engañar y no por la intención de dañar. El engaño que inspira a la intención que lo lleva a la realidad es para obtener un beneficio" (Ordoqui Castilla, G. (2017). *Tratado de Derecho de los Contratos,* T. II, Vol. I. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales, pp. 406-407.
[466] Cfr. Torres Manrique, F. (2004). Responsabilidad Precontractual. *Revista PUCP, T. 341, 17-38.* Lima-Perú, p. 23).
[467] Cfr. Torres Manrique, F. (2004). Responsabilidad Precontractual. *Revista PUCP, T. 341, pp. 17-38,* Lima-Perú, p. 30).
[468] Este extremo es sumamente interesante al momento de comparar la CIC con el PE, toda vez que en el marco de la CIC se impone una carga probatoria alta, es decir, tartar de probar el dolo o la mala fe.

porque tiene que demostrar la malicia, el engaño, la deshonestidad[469] o la mentira que entraña la mala fe y el dolo[470].

Probar el dolo no es tarea sencilla. Es por eso que al incorporar la buena fe como elemento motor de la CIC (en contra de las explícitas recomendaciones de Ihering), ha impuesto una carga pesada en el actor que debe probar que el promitente actuó de mala fe. Este peso innecesario en los hombros del actor es de por sí injusto. Ordoqui Castilla lo expresa de la siguiente forma: "Así como la buena fe se presume, el dolo debe ser probado cada vez que se invoque. No son muchos los casos de anulación por dolo y ello no tanto porque no se invoque sino porque lo realmente complejo es su prueba." (p. 412)

2.3.4. El dolo in contrahendo y la diligencia in contrahendo

De esta manera, la CIC termina siendo *dolo in contrahendo* (ya que la buena fe se presume, y su contrapartida -la mala fe o el dolo- requiere ser probado), dejando a la diligencia en contrahendo (tesis de Ihering, 1861, pp. 30-37) en un apartado separado.

Si la CIC quedad equiparada al dolo in contrahendo, no solamente la naturaleza jurídica de la CIC queda vinculada a la responsabilidad extracontractual, sino que el aspecto resarcitorio queda emparentado con el interés negativo. Sin embargo, si se reconduce el análisis de la CIC por el tema de la diligencia en contrahendo, dejando de lado el tema del dolo (o sea de la buena fe), entonces la CIC queda insaculada en los trebejos contractuales y el aspecto resarcitorio queda ampliado al interés positivo.[471]

Ahora bien, tanto el dolo in contrahendo como la diligencia in contrahendo responden a filosofías distintas. El primero (dolo in contrahendo) como lo venimos viendo, es la respuesta práctica al uso de la buena fe como elemento de la doctrina de la CIC. El grueso de los doctrinarios

[469] Gurpinar asemeja la honestidad con la Buena fe (p. 88), y menciona el concepto de "dürüstlük" (traducido como "honestidad" o "buena fe") (Gurpinar, D. (2006). *Responsabilidad jurídica derivada de no realizar consejos, consejos o información incorrectos anticontractuales.* Esmir-Turkia: Gursel Sengun, p. 121).

[470] Ordoqui Castilla comenta: "El dolo requiere de una mentira, o sea, que se falsee algo. No hay dolo sin mentira, pero no toda mentira configura un dolo. Decir algo falso no es en sí dolo, se requiere algo más, que es precisamente una estratagema o artificio para engañar. Si la simple mentira se invoca en lugar del dolo ella podría traer mucha inseguridad jurídica ahora de contratar [sic]. La mentira en esencia supone no actuar de buena fe, generalmente en la etapa de las tratativas, y puede derivar en una forma de responsabilidad precontractual" (Ordoqui Castilla, G. (2017). *Tratado de Derecho de los Contratos,* T. II, Vol. I. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales, pp. 408).

[471] Esta heterogeneidad la vimos en el capítulo I, cuando tratamos el tema de la CIC a partir del análisis de Cabanillas Sánchez, A. (2015). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 628, 747-788*. Madrid, pp. 757-759).

expuestos en el capítulo han apostado por incorporar la buena fe como motor básico de la CIC con la consecuente carga probatoria a la parte actora que debe demostrar la mala fe (equiparada por el Digesto con el dolo o el fraude) ya que la buena fe se presume, y con ello el tema del dolo in contrahendo quedaría vinculado con la responsabilidad extracontractual; mientras que por otra parte, la diligencia in contrahendo -postura de Ihering (1861, pp. 30-37) no necesita recurrir a la buena fe para echar a actuar la maquinaria doctrinal que acarrear un sistema indemnizatorio embebido del interés negativo y cuya naturaleza jurídica se vincula al sistema contractual.

2.3.5. El dolo in contrahendo: sobre el dolo causal y dolo incidental

Como hemos visto en el acápite anterior, la culpa in contrahendo en realidad es "dolo in contrahendo" por cuanto la buena fe ha invadido la posición de la culpa (la que por concepto deriva de la negligencia de un deber que Ihering lo llamó de diligencia en los contratos, a partir de su estudio de los textos del Digesto). De modo que la buena fe -que se presume por antología desde la concepción romanística- necesariamente implica la necesidad de probar la mala fe (que el Digesto la equipara con el dolo y el fraude).

Asimismo, también vimos que la RINP (hija legítima de la CIC) en realidad no es una ruptura injustificada de negociaciones preliminares, sino una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares.

Por ello, Morales Moreno (2020) habla de un dolo causal e incidental en el llamado "dolo in contrahendo":

> La responsabilidad por la confianza (entendida en sentido amplio) puede canalizarse, también, a través de remedios precontractuales. Tales remedios se fundamentan en el dolo *in contrahendo* (tanto causal como incidental), el error (imputable al contratante que utiliza la publicidad, aun sin intención de engañar), o la responsabilidad por culpa *in contrahendo*. (p. 987).

Es decir, como lo vimos en el apéndice 2 -referido al tratamiento del Digesto de la buena fe y el dolo- de esta obra, el dolo es un vicio de la voluntad que entraña engaño o mentira que una de las partes del contrato instrumentaliza para inducir a la otra a celebrar el acuerdo. Sin embargo, el dolo puede ser causal o incidental.

El dolo causal es el que determina la celebración del acuerdo. Es decir, sin el dolo, la víctima no habría celebrado el contrato. El dolo causal tiene la consecuencia de anular el contrato.

Mientras tanto, el dolo incidental es el que no determina la celebración del contrato: o sea, la víctima podría haber celebrado el contrato, aun no existiendo el dolo. El dolo incidental no tiene la consecuencia de anular el contrato, pero sí da lugar a una indemnización por daños y perjuicios[472].

Por ejemplo, si una persona vende un automóvil a otra persona, diciéndole que tiene un motor nuevo, cuando en realidad el motor está malogrado, el dolo es causal, este comportamiento es concomitante a una *misrepresentation* -desde el punto de vista del *common law*-, o sea un engaño[473]. La víctima no habría comprado el automóvil si hubiera sabido las condiciones del vehículo[474]. Por lo tanto, el contrato se puede anular y la víctima puede recuperar el dinero que pagó por el objeto adquirido.

Cabanillas Sánchez (2015) lo explica de la siguiente forma:

> Si la maniobra dolosa provocó el consentimiento, procederá la acción de anulabilidad, mas también la de resarcimiento por los daños que las maquinaciones previas al consentimiento originaron a la contraparte.
>
> Sería incoherente exigir la indemnización en los casos de dolo causal y ofrecerla, en cambio, en los de dolo incidental y dolo de tercero, ya que la anulación no repara todos los daños que puedan ser indemnizados. (pp. 767-768)

Por otra parte, si una persona vende un vehículo a otra persona, diciéndole que tiene un kilometraje bajo, cuando en realidad el kilometraje es alto, el dolo es incidental. La víctima habría

---

[472] Cabanillas Sánchez expuso el tema del dolo incidental en España de siguiente forma: "Según el artículo 1.270.2 CC, el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios. El dolo, como maquinación fraudulenta que puede causar un daño a la otra parte contratante en la etapa preparatoria, engendra la obligación de resarcir, al amparo del artículo 1.270.2 CC. En el caso de dolo incidental hay que afirmar la naturaleza contractual de la responsabilidad, que implica la indemnización de daños y perjuicios, y la no exclusión del interés positivo porque la frustración de la expectativa, o de la confianza, es imputable al contratante doloso" (Cabanillas Sánchez, A. (2015). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 628, 747-788*. Madrid, pp. 775-776). Por su parte el numeral 1270 del CC español dice a la letra: "Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios."

[473] El tema del misrepresentation lo veremos en el capítulo III.

[474] Tomassi discute la obligación de buena fe y la necesidad de un mínimo de lealtad y honestidad en las negociaciones. (Tommasi, S. (2012). *Prácticas comerciales desleales y regulación de la actividad negociadora*. Bari-Italia: Cacucci Editores, pp. 95-97).

comprado el coche, aunque no hubiera sabido que el kilometraje era alto. Por lo tanto, el contrato no se puede anular, pero la víctima puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

La distinción entre dolo causal e incidental es importante porque determina las consecuencias jurídicas del engaño[475].

Ahora bien, para Cabanillas Sánchez (2015) el dolo in contrahendo, contrario a la buena fe, puede enmarcarse dentro del numeral 1902 del CC español sin perder su naturaleza contractual:

> En el caso del dolo in contrahendo, la acción de responsabilidad es de naturaleza contractual.
>
> El CC no contiene un régimen especial para la responsabilidad in contrahendo y hemos de aplicar uno de los existentes (contractual, extracontractual). El adecuado es el régimen de responsabilidad contractual. Así resulta de nuestro Derecho histórico, que de acuerdo con el Derecho romano (en los contratos de buena fe) ofrece la acción del contrato para exigir la indemnización debida a dolo in contrahendo. Además, no sería razonable tratar de modo diferente al contratante que incumple su obligación, que al que maliciosamente hace creer que puede cumplir en términos en los que no será posible hacerlo.
>
> No obstante, aun cuando creemos que la acción indemnizatoria presenta naturaleza contractual, esto no significa que el comportamiento malicioso que determina una voluntad de contratar viciada deje de ser una hipótesis susceptible de encuadrarse en los artículos 1.902 y concordantes. (p. 769)

3. La regulación de la CIC en derecho comparado

3.1. Una aproximación a la regulación de la CIC en Europa

A. Alemania

a. El CIC en el Código Civil Alemán (GBG)

El tema de la RINP se ve en Alemania a través de la violación de un deber de orden público, en este caso, el deber de no romper negociaciones por razones que no son válidas; sin embargo, en el derecho italiano se ve la RINP a partir de la violación del deber precontractual de negociar de buena fe. En el *common law* americano no existe el deber de negociar de buena fe, o sea no existe tal deber, por cuanto las Cortes han señalado claramente que la defensa que tiene una persona que

[475] Cabanillas Sánchez razona que: "El dolo ha impedido que el contrato, en su normal desarrollo, pueda ser el cauce adecuado para satisfacer el interés basado en la confianza. La frustración de esa expectativa, en cuanto sea debido al dolo, es imputable al contratante doloso y genera un deber de reparar en la medida de ese interés. Entendido así, ese interés comprende al interés positive" (Cabanillas Sánchez, A. (2015). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 628, 747-788*. Madrid, p. 770).

avizora que una negociación no le conviene es desistir de negociar, es decir, no existe un deber *precontractual* para amparar la confianza o el *reliance* de la parte perjudicada.

De otra parte, los tres grandes temas sobre los cuales gira la teoría de la CIC en el Código Civil Alemán (BGB) son el error, la imposibilidad del objeto o la ilegalidad. Algunos artículos del BGB han sido modificados, caso del artículo 307 del BGB que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del 2001 que se refería a un interés negativo.[476]

El artículo 311(2)(1) del Código Civil alemán (BGB), producto de la reforma del 2001[477], enumera los pasos a través de los cuales la obligación de pagar daños es creada. Este artículo pasa a denominarse "Relaciones negociales y obligatorias análogas" y dice:[478]

> (1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
> (2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
>
> 1. El inicio de las negociaciones del contrato,
> 2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o
> 3. Contactos similares de tipo negocial.
>
> (3) Dicha obligación comienza a existir en particular si el tercero, al reclamar que se le otorgue un alto grado de confianza, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en la celebración del contrato.

Este tercer segmento es una novedad dentro de la CIC, puesto que no solamente se limita a situaciones donde un tercero actúa como representante o auxiliar en las negociaciones de las partes, sino, como lo expresa la doctrina, se trata se situaciones donde "el tercero que informa a

[476] BGB § 307 (1) Si una persona, al concluir un contrato que es de ejecución imposible, supo o debería haber sabido que era imposible, está obligado a compensar por cualquier daño que la otra parte haya sostenido al confiar en la validez del contrato; pero no, sin embargo, más que el valor del interés que la otra parte tienen en la validez del contrato. La obligación de compensar no nace si la otra parte supo o debería haber sabido de la imposibilidad. (2) Estas reglas aplican *mutatis mutandis* si la ejecución es solamente parcialmente imposible, y el contrato es válido con respecto a la parte posible, o si solamente una de las muchas alternativas de ejecución prometida es imposible. Civil Alemán (BGB), §307. 2 de enero de 2002. (Alemania).
[477] En el año 2001, el legislador alemán combinó la implementación de la Directiva 199/444/EC del Parlamento Europeo del 25 de mayo de 1999 sobre algunos aspectos de la venta de bienes y garantías.
[478] Código Civil Alemán (BGB), §311. 2 de enero de 2002. (Alemania).

los contratantes cuando no hay un contrato establecido con ellos si bien, por la cualificación profesional y la neutralidad del tercero, los contratantes confían en el para contratar."[479]

Por su parte, el aludido artículo §241.II del BGB explica, respecto a los deberes derivados de una obligación que[480]:

> (1) En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento del deudor. La actuación también puede consistir en omisión.
> (2) Una obligación también puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, intereses legales y otros intereses de la otra parte.

Como vemos, el artículo 241.II del BGB impone la obligación de cada parte de observar y respetar los derechos de la otra parte, y esta obligación se extiende a la etapa negocial o precontractual, por virtud del numeral 311(2)(1) del BGB. No queda claro si existe una obligación de actuar de buena fe en la etapa negocial, al estilo del CC italiano, todo parece indicar que no.

Ahora bien, una vez impuesta la obligación de actuar lealmente en la etapa negocial o precontractual, una vez que se viole esta obligación la indemnización por daños viene por mandato del número 280(1) del BGB, que dice:

> (1) Si el deudor incumple una obligación derivada de la relación deudora, el obligante puede exigir una indemnización por el daño causado como consecuencia. Esto no se aplica si el deudor no es responsable del incumplimiento del deber.

De otra parte, existe otro numeral del BGB que redondea la figura de la CIC, específicamente la RINP, se trata del numeral 276[481] que reza así:

> (1) El deudor es responsable por dolo y negligencia si no se determina una responsabilidad más estricta o más leve ni se puede inferir del otro contenido de la obligación, en particular de la asunción de una garantía o un riesgo de contratación. Las disposiciones de las Secciones 827[482] y 828[483] se aplican en consecuencia.

---

[479] Cfr. García, M. y Otero, M. (2010). La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Contractual Europeo. *Revista para el Análisis del Derecho,* 2-62, p. 19.
[480] BGB § 241.II.
[481] BGB § 276.
[482] BGB § 827: "No es responsable del daño quien causa daño a otra persona en estado de inconsciencia o en estado de perturbación patológica de la actividad psíquica que excluye la libre determinación de la voluntad. Si se ha puesto en un estado temporal de este tipo por medio de licor o medios similares, es responsable del daño que causa ilícitamente en este estado de la misma manera que si fuera culpable de negligencia; la responsabilidad no surge si se metió en la situación por causas ajenas a él."
[483] BGB § 828: "1) Quien no haya cumplido los siete años no es responsable de los daños que cause a otro.
(2) Cualquiera que haya cumplido siete años, pero no diez años no es responsable de los daños que cause a otra persona en caso de accidente con un vehículo de motor, un ferrocarril o un tren colgante. Esto no se aplica si intencionalmente causó la lesión.

(2) Cualquier persona que no ejerza la debida diligencia requerida en el tráfico actúa con negligencia.

(3) La responsabilidad por dolo no puede ser liberada por anticipado del deudor.

Leyendo e interpretando ambos artículos se entiende que la CIC en el moderno Código Civil alemán sigue enmarcada en la responsabilidad contractual, pero se elastiza al campo de actuación contractual para abrazar el aspecto de las "negociaciones precontractuales" para darles efectos contractuales no siendo *per se* contractuales. De esta manera, la responsabilidad precontractual ingresa al campo de las obligaciones para exigir una contraprestación, una obligación recíproca, al igual que el campo contractual sin ser netamente contractual.

Es importante aclarar que el derecho alemán recepta la figura de la RINP a partir de la violación del deber de no interrumpir las negociaciones preliminares sin una causa válida, a diferencia del derecho italiano que exige (para los RINP) la presencia de un deber de negociar de buena fe. Ninguna de estas obligaciones queda reflejada en el concepto del PE americano.

De otra parte, si bien es cierto no existe legislativamente una obligación de negociar o de divulgar información de buena fe en la etapa precontractual, la jurisprudencia alemana, como lo veremos en el anexo III, ha incorporado la obligación de actuar de buena fe del numeral 242 del BGB[484] a la etapa precontractual del numeral 311 del BGB[485].

Ahora veamos la evolución de la CIC, analicemos un poco su historia, su fisonomía, para luego delimitar los elementos constitutivos de la CIC enfocada en la responsabilidad precontractual.

b. Régimen extracontractual del BGB

Veamos ahora el régimen extracontractual del BGB. El sistema extracontractual alemán está concebido a partir de los artículos 823 y siguientes. El artículo 823 del GBG contempla la fórmula general mediante la cual quien, mediante dolo o negligencia, lesiona la vida, el cuerpo, la

(3) Cualquier persona que aún no haya cumplido los 18 años, a menos que su responsabilidad esté excluida en virtud del párrafo 1 o 2, no es responsable del daño que inflige a otro si no comete el acto dañino tiene la perspicacia necesaria para reconocer la responsabilidad."

[484] Numeral § 242 del BGB dice: "El deudor está obligado a cumplir la prestación requerida por la buena fe con respecto a la práctica habitual."

[485] Véase Sentencia XI ZR 205/05, Tribunal Federal de Justicia de Alemania, (2008).

salud, la libertad o cualquier otro derecho ajeno, tiene la obligación de reparar el daño. En la segunda parte del artículo 823 del GBG se impone la obligación de resarcir a quien, culpable y antijurídicamente, haya violado una ley protectora. En el artículo 826, se hace alusión a quien daña a otra dolosamente y contraviniendo las buenas costumbres.

Más allá de esto artículos, existen otros más específicos donde se regulan los perjuicios causados a un crédito (BGB §824), los provocados por animales (BGB §§833 y 834) y por la ruina de un edificio (BGB §§836, 837 y 838), pero veamos el numeral 823 del BGB[486] referido a responsabilidad por daños:

> (1) Cualquier persona que viole intencionalmente o por negligencia la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona está obligado a compensar al otro por el daño resultante.
>
> (2) La misma obligación se aplica a quienes violan una ley destinada a proteger a otra. Si, de acuerdo con el contenido de la ley, una violación de esto es posible sin culpa, la obligación de pagar una indemnización sólo surge en caso de culpa.
>
> Por su parte el numeral 826 del BGB se refiera a daño moral deliberado:
>
> Cualquiera que deliberadamente inflija daño a otro de una manera contraria a la decencia común está obligado a compensar al otro por el daño.

Originalmente, la protección a la propiedad estaba excluida del primer enunciado del numeral 823, pero posteriormente se lo incluyó. Entonces, el vacío quedó solucionado por cuanto legislativamente no había la posibilidad de indemnizar a la parte inocente por las declaraciones de la parte culpable o declarante con respecto a los derechos patrimoniales y de forma negligente.[487]

[486] BGB § 823.

[487] Asúa González (1989) analiza la influencia del régimen de responsabilidad extracontractual en el desarrollo de la Culpa in Contrahendo (CIC). Explica que fue necesario encontrar un principio que ofreciera una base para compensar daños que no estaban cubiertos por el régimen contractual y que tampoco encajaban en las disposiciones del § 823 II y § 826 del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán, BGB). Según Asúa González, tanto los casos reflejados en el BGB, que son un reflejo de las ideas de Ihering (como los artículos §122, §179 II, §307 y §309), como los problemas relacionados con daños sufridos durante la formación del contrato que surgieron a partir de estas ideas, implicaban principalmente daños patrimoniales causados por negligencia. Esto demuestra la importancia de la responsabilidad extracontractual en el desarrollo y la aplicación de la teoría de la CIC, especialmente en casos donde los daños patrimoniales ocurren en la fase de negociación del contrato. (Asúa González, C. (1989). *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos).* País Vasco, España: Editorial Ellacuria, p. 37).

Cabe anotar una observación importante con respecto a la clasificación de la CIC y el RINP. Tanto la CIC como el RINP nacen a consecuencia de violaciones de deberes de información (CIC) o de negociar de buena fe o de no interrumpir los tratos preliminares sin una causa válida (RINP), de modo que nos encontramos en el caso del RINP (en los trebejos de la responsabilidad precontractual). En los casos de violación del derecho de información (CIC) nos encontraríamos -comparando con el *common law*- dentro de la responsabilidad extracontractual, más específicamente en el campo de los *torts*. Ahora bien, la clasificación de los PE es harto debatida por cuanto muchos autores la ubican en el campo precontractual, mas no en el campo de los torts (caso de accidentes de automóvil, o mala práctica médica, por ejemplo), en los que sí es necesaria una violación a un deber.

B. Italia

Como lo hemos venido adelantando, Italia tiene la partida de nacimiento de la CIC en la rama del RINP, precisamente deviene del numeral 1337 del Código Civil de 1942 (CCI)[488], que dice: "las partes, en la conducción de las negociaciones y la formación del contrato, se comportarán de buena fe."

Este numeral ha servido de inspiración a otros sistemas legislativos de otros países y otros proyectos de unificación legislativa. La médula ósea de la RINP parte del principio de una negociación de buena fe. Sin embargo, y como lo veremos en los capítulos venideros (en especial el anexo III), este deber de actuar de buena fe (similar al deber de actuar lealmente del código alemán) resulta en una imposición que deriva de la misma estructura del sistema de los *torts* (o del sistema aquilino de responsabilidad extracontractual) donde el quebrantamiento de dicha obligación genera la obligación de reparar el daño causado,[489] equiparable a la misrepresentation[490].

A propósito de esto, este artículo 1337 hace alusión -con total claridad- al interés negativo al estipular: "Las partes, al llevar a cabo las **negociaciones** y formar el contrato, deben

[488] Código Civil italiano (CCI). Art. 1337. 16 de marzo 1942 (Italia).
[489] Por su parte, Ferro analiza la posibilidad de un "tercer tipo" de responsabilidad, que no es ni contractual ni extracontractual y analiza el principio de buena fe en el ordenamiento jurídico italiano (Ferro, F. (1999). *El cargo precontractual. La preliminar, las negociaciones.* Milán: Cedam, p. 71).
[490] Ferro menciona que la definición de "dolo" (malicia) y "colpa" (negligencia) en el Código Civil italiano, señalando que las definiciones están tomadas del Código Penal italiano (Ferro, F. (1999). *El cargo precontractual. La preliminar, las negociaciones.* Milán: Cedam, p. 108).

comportarse de buena fe." [491] Con relación a este precepto, existen ciertos elementos de valoración para entender hasta qué punto y cuándo se produce la vulneración al deber de negociar de buena fe. De esta manera García y Otero (2010) plantea los siguientes parámetros:

> Así, partiendo del principio de libertad contractual, los tribunales italianos han reconocido que, para apreciar la violación del mismo, los tratos preliminares dirigidos a la conclusión de un contrato han debido alcanzar un estadio que justifique objetivamente la confianza en la conclusión del contrato; además, será preciso que una de las partes haya interrumpido los tratos eludiendo las expectativas razonables de la otra; sobremanera, la parte que había confiado en la conclusión del contrato debería haber sido inducida a realizar gastos con vistas al acuerdo o a renunciar a otras ocasiones de contratar más favorables (¿) y, finalmente, el comportamiento del autor de la ruptura ha de ser calificado, si no como de mala fe, -en el sentido de dolo-, sí al menos de culposo, al no hallarse amparado por una justa causa. (p. 34)

Como podemos observar del apartado anterior, el tema de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (RINP) resulta un subtipo de *Culpa in Contrahendo* frente a la violación del deber de negociar de buena fe.

En el caso de la CIC tenemos los casos de violación de la obligación de cuidado (caso del linóleo)[492] o del deber de información (como los casos de protección a los consumidores), y los casos de RINP donde -como se aprecia del apartado antecedente- la parte inocente o afectada es "inducida" por la otra parte a realizar gastos. Esta "inducción" a realizar gastos, es una figura parecida a la de responsabilidad extracontractual del CC italiano, así lo exponen García y Otero (2010):

> Por otra parte, se ha afirmado tajantemente que la responsabilidad precontractual prevista en el precepto reproducido constituye una forma de responsabilidad extracontractual que se liga a la violación de una regla de conducta, de modo que tanto la resarcibilidad del daño como sus valores se rigen por las normas generales contenidas en los arts. 2043 y 2056 del *Codice Civile*, incluyéndose también las normas sobre prescripción y sobre carga de la prueba. (p. 28).

Este punto lo tocaremos más adelante, pero este atisbo de comparación o mejor dicho de subsunción de la responsabilidad precontractual dentro de los trebejos de la responsabilidad extracontractual resulta sugestivo toda vez que la responsabilidad extracontractual responde a la violación de un deber, como por ejemplo el deber general de no dañar la propiedad o el bienestar

[491] Código Civil italiano (CCI). Art. 1337. 16 de marzo 1942 (Italia). En adelante "CCI".
[492] Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

físico de terceros, esto en el *common law* se conoce como *torts*. En el desarrollo de los casos por analizar veremos que la RINP se parece más a la misrepresentation que a la PE.

Por otra parte, veamos que el artículo 2043 del CC italiano[493] sobre indemnización por hechos ilícitos dice que: "Todo acto doloso o negligente, que cause un daño injusto a los demás, obliga a la persona que lo cometió a reparar el daño." Y el artículo 2056 añade que "La indemnización debida al perjudicado deberá determinarse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1223, 1226 y 1227.El lucro cesante es valorado por el juez con justa apreciación de las circunstancias del caso.[494]

Ahora bien, el artículo 1338 del CCI trae otra referencia a la doctrina de la CIC en la figura de la obligación de las partes de informar sobre posibles defectos del producto en la etapa negocial. Específicamente lo manifiesta así: "La parte que, conociendo o debiera haber conocido la existencia de una causa de nulidad del contrato, no ha informado a la otra parte está obligada a indemnizar el daño sufrido por esta última por haber confiado, sin culpa propia, en la validez del contrato."

Por su parte, el artículo 1176 del CCI estipula: "El deudor y el acreedor deben comportarse de acuerdo con las reglas de la buena fe"; mientras que en el numeral 1375 se lee: "El contrato deberá ser ejecutado de acuerdo con la buena fe", este numeral se condice con el numeral 1366 del CCI que señala que "El contrato debe ser interpretado de buena fe."

C. España

[493] Este numeral habla sobre la responsabilidad extracontractual italiano que estipula: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno" (Cualquier acto intencional o negligente, que cause un daño injusto a otros, obliga a la persona que cometió el acto a compensar el daño.)

[494] Finalmente, sobre el debate si esta RINP trae consigo una posibilidad indemnizatoria para abrazar el interés negativo y no el positivo, Asúa González (1989) expresa:

> El interés contractual negativo y su opuesto, el interés contractual positivo, se apoyan respectivamente, valga la redundancia, en el aspecto positivo y negativo del contrato. El aspecto positivo lo constituye la validez y por eso el interés positivo implica ser colocado patrimonialmente como si el contrato hubiera desplegado su afecto principal: el cumplimiento. El lado negativo, sin embargo, es la invalidez y en ella ha de basarse quien, ante un contrato nulo, pretenda ser indemnizado; no podrá ser colocado como si el contrato fuera válido, sino que, y dado que la invalidez es un hecho, su reclamación habrá de dirigirse a restablecer la situación patrimonial en la que se hallaría si no se hubiese contratado (si no hubiese confiado en la validez del contrato). **Al interés negativo pueden responder no solo las pérdidas efectivamente sufridas -gastos de celebración del contrato- sino también las ganancias dejadas de obtener en relación a negocios que se desecharon por preferir el que al final resultó inválido**. (Asúa González, C. (1989). *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos).* País Vasco, España: Editorial Ellacuria, p. 28).

Este párrafo de Asúa González resulta confuso, puesto que el interés negativo equivale a los gastos incurridos (daño emergente), no al lucro que se dejó de ganar, el que se equipara al interés positivo (lucro cesante); sin embargo, García y Otero (1989: 28-29) postula que el interés resarcible no solamente es el interés negativo (de confianza o daño emergente), sino también el positivo (de cumplimiento o lucro cesante).

a. La CIC en el Código Civil español

El actual CC español de 1889 es inspirado en el Código de Napoleón de 1804, cuya noción de causa está inspirada en las teorías de Domat y Pothier. El CC de España, nos relate Tomás Martínez (2010) "no contiene ninguna regla específica sobre responsabilidad precontractual y tampoco han llegado al Tribunal Supremo muchos asuntos de este orden. Cuando ello ha acontecido han sido resueltos como casos de responsabilidad extracontractual (art. 1902). Así, la doctrina mayoritaria ha venido considerando los casos de responsabilidad precontractual como daños no contractuales en el sentido de infracción del principio *neminem laedere*" (p. 192). (No lesionar a otro.)

En España podemos rastrear la CIC en el artículo 1902 del actual Código Civil, que a la letra dice[495]: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

Es necesario destacar que el objeto de esta investigación es la comparación del PE del *common law* con el RINP del *common law*. El RINP es una rama de la CIC. La CIC es una figura más grande y abarcativa dentro del espectro legislativo del *civil law*. El punto de comparación de la CIC es con la responsabilidad extracontractual (de los *torts*, diríamos, para referirnos al *common law*).

Otro aspecto importante de destacar es que mientras el artículo 1902 del CC español se refiere a la obligación resarcitoria por un daño en general, el numeral 309 del BGB solamente se refiere a daños a la vida, el cuerpo, o la salud, mas no a la propiedad.

Estamos frente al artículo referido a la responsabilidad extracontractual, donde el artículo refiere que si una persona causa un daño por acción u omisión por culpa o negligencia entonces estará obligado a reparar dicho daño.

Nótese, además, como lo expusimos anteriormente, que no existe la obligación legal de negociar de buena fe, sin embargo, encontramos el artículo 1258 del CC que estipula que[496]: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al

[495] Código Civil español (CCE). Art. 1902. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).
[496] CCE, § 1258.

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."

Como vemos, la obligación de actuar de buena fe no es precontractual, sino contractual. Sin embargo, la teoría de la RINP se enanca en la buena fe como obligación de negociar en la etapa precontractual (de acuerdo al modelo italiano) o la obligación de no interrumpir las negociaciones sin causa válida (en el modelo alemán). En efecto, el artículo 1337 del Código Civil italiano de 1942, para comprender la diferencia: "Las partes, al realizar las negociaciones y formar el contrato, deben comportarse de buena fe." [497]

Como podemos comprobar, el CC español no contiene un equivalente legislativo parecido al artículo 1337 del CC italiano que impone la obligación de negociar de buena fe. Sin embargo, doctrinariamente y jurisprudencialmente (como lo veremos en el capítulo III), la casuística se inclina en incluir la RINP como doctrina de la CIC en España, y recurrir al artículo 1902 que se refiere a la responsabilidad extracontractual.

En efecto, "en los casos en los que se aprecia la existencia de responsabilidad por ruptura de tratos, la doctrina más numerosa y la jurisprudencia españolas la someten al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractuales… NO parece que, en el sistema español, el lesionado como consecuencia de la ruptura puede exigir como compensación el llamado interés positivo, esto es, la efectiva celebración del contrato." (García, M., Otero, 2010, p. 42)

Hasta ahora vemos con claridad dos elementos de la CIC y del RINP: el daño, y la conducta desleal o gravemente culposa que defrauda la confianza de la otra persona; sin embargo, como lo venimos repitiendo, no conviene confundir la CIC con el RINP por cuanto la CIC es mucho más amplia y parecida a la responsabilidad extracontractual (*torts* en el *common law*), de modo que el objeto de estudio en el presente trabajo es la comparación entre el RINP con la PE, para determinar cuál de las dos figuras es más justa y eficiente.

Como nota final, el Código Civil de Cataluña en su artículo 117-7, cuya elaboración se inicia con la publicación de la Ley 29/2022 del 30 de diciembre de 2022 (Ley del Código Civil de

[497]CCI. §1337.

Cataluña), bajo el rótulo de "buena fe" dice[498]: "En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos."

En realidad, la responsabilidad precontractual en España tiene encarnadura en el numeral 1902 del CCE referido a la obligación general de no dañar (*neminem laedere*). De esta forma, la CIC en la vertiente RINP, es en el derecho español extracontractual, así lo expone Núñez Muñiz (2015):

> Con todo, y a nuestro juicio, parece más adecuado pensar que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, pues no puede decirse que exista en este periodo una concreta relación obligatoria a cargo de las partes, aunque su actuación debe acomodarse a las exigencias de la buena fe. Desde luego, compartimos la opinión de la no necesidad de un tercer tipo de normas que regulen la responsabilidad que pueda contraerse en esta fase, pues, en definitiva, se trata de indemnizar unos perjuicios ocasionados y no vemos razón para que deba atenderse al origen de estos, al momento de su producción o las circunstancias en que tienen lugar para regularlo de una forma u otra; sencillamente se han causado unos daños por una cuantía determinada a una de las partes que hay que reparar, y, dada la dicotomía existente en nuestro Código Civil según se trate de culpa contractual o aquiliana, habrá que clasificarlos en una de las dos categorías para aplicarle una de ambas normativas, pero no elaborar normas específicas. (p. 1636).

En el mismo sentido, Cabanillas Sánchez (2015) piensa que la responsabilidad precontractual es aquiliana, toda vez que el numeral 1902 del CCE tiene remembranzas de los artículos 1337 y 1338 del CC italiano (p. 751). Asimismo, piensa que por el hecho que dos personas se pongan en contacto en la etapa negocial, no quiere decir que el tema de la responsabilidad precontractual deba reconducirse por los trebejos del sistema contractual, ya que le parece un exceso (pp. 751-752):

> Ciertamente que tal obligación existe, pero no porque así se haya convenido por las partes, cuya voluntad, en realidad, no ha querido todavía producir vínculo alguno, sino tan sólo por una norma de carácter general que en todo caso excluye la mala fe y el fraude en las relaciones humanas… Esta responsabilidad nunca podrá ser de tipo contractual por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal carácter ha podido producirse: nos encontramos, por tanto, ante un caso de culpa extracontractual o aquilina derivada del hecho ilícito. (p. 752).

[498] CC de Cataluña, Ley 29/2002, §117-7, 30 diciembre 2002

Cabe advertir que Cabanillas Sánchez (2015) une el tema de la responsabilidad precontractual con el tema de la evitación de la mala fe o fraude (p. 252), y es justamente por ello que al insacular la buena fe como elemento de la CIC, necesariamente se desemboca en una situación de dolo (llámese mala fe o fraude).[499]

Cabe resaltar la diferencia de tratamiento legislativo con respecto al perjuicio patrimonial en España y en Alemania. Como lo vimos en el sistema extracontractual alemán, el Código BGB no brindaba cobertura indemnizatoria a aquellas situaciones donde existía un puro daño económico que no sea reconducido al tema del dolo, cuando en realidad era un tema de culpa, a diferencia del tratamiento del numeral 1902 del CC español que liga el tema de la violación al *neminem laedere* a este tipo de situaciones.[500]

Sin embargo, esta clasificación responde a los casos de *dolo in contrahendo,* o de la ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares, donde el quebrantamiento del deber de actuar o negociar de buena fe se reconduce al tema del dolo (mala fe o fraude). Con ello, la Culpa in contrahendo -como lo veremos en profundidad en el capítulo II- quedaba absorbida por el dolo, y con ello clasificado en el sistema extracontractual. Sin embargo, algunos casos que pasamos a estudiar en el anexo III de esta obra resultan con una respuesta más adecuada cuando no se utiliza el elemento de "buena fe", sino el elemento de "diligencia" que ya lo había sugerido Ihering (1861, pp. 30-37). De esta suerte, en casos donde existe la culpa a través de la violación del deber de diligencia, la CIC guarda sinonimia con el PE, y por ello en este tipo de casos la RINP o la CIC tendría que reconducirse a los trebejos contractuales, y no extracontractuales.[501]

Esta dialéctica la intuye Cabanillas Sánchez (2015) quien manifiesta:

---

[499] Este tema de la dicotomía entre la culpa y el dolo lo trataremos con más detenimiento en el capítulo II de esta obra.

[500] Cfr. Cabanillas Sánchez, A. (2015). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 628, 747-788*. Madrid, p. 755.

[501] En el anexo III veremos muchos casos encasillados en la responsabilidad extracontractual, así por ejemplo la STS 16-05-1988 (RJ 3673/1988) (*Caso Vizcaya)*, donde la Corte sostuvo: "El problema del traslado del demandante don Daniel se trató seriamente, llegándose a un punto en el que dicho señor, con toda lógica y ateniéndose a las noticias que le dieron altos empleados de la indicada sociedad, demandados también en este litigio, debió pensar que su traslado a la Oficina de Miami (USA) estaba ya acordado y era además inminente lo que impulsó a los accionantes a adoptar disposiciones que resultaron, ante el fracaso de sus expectativas, claramente perjudiciales para sus intereses todo ello sobradamente justificativo de la existencia por parte de los demandados de una culpa "*incontrahendo*" que al faltar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio "*neminen laedere*", que determina la responsabilidad de los demandados, y al no entenderlo así el Juzgador de instancia es claro infringió el artículo 1.902 aplicable de conformidad con los que son hechos probados de la recurrida sentencia determinando la estimación de este primer motivo del recurso, sin que sea necesario el examen de los demás."

> A nuestro juicio, la heterogeneidad de los supuestos que se sitúan en el marco de la responsabilidad contractual explica que la obligación resarcitoria que nos ocupa no admita un único e indiscutible encasillamiento; permite, sin duda, la ubicación extracontractual, pero en no pocas ocasiones tal vez encuentre encaje en el marco contractual. Una reflexión de esta naturaleza exige el análisis de las diferentes situaciones en las que puede aislarse un supuesto de culpa in contrahendo a fin de delimitar sus características estructurales y el régimen jurídico que se presenta adecuado al sistema.
>
> La consideración de un *tertium genus* de responsabilidad para caracterizar a la culpa in contrahendo puede ser admisible a nivel dialéctico o como una expectativa de lege ferenda, pero mientras ese *tertium genus* no tenga unas normas que lo disciplinen sólo podrá considerarse la culpa in contrahendo como contractual o extracontractual.
>
> Por todo lo dicho, es necesario decidir cuál de las regulaciones de los dos grandes tipos de responsabilidad debe ser aplicada a los casos de culpa in contrahendo, teniendo en cuenta que subsisten diferencias relevantes en la disciplina jurídica de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual, como dijimos anteriormente. Una respuesta unívoca no puede ser ofrecida realizando una calificación apriorística de la responsabilidad precontractual.
>
> Los hechos susceptibles de ser recogidos bajo esa unitaria denominación presentan unos perfiles profundamente heterogéneos que difícilmente hacen posible un tratamiento uniforme. Por ello la mejor manera de solventar la cuestión planteada es decidir, en cada hipótesis concreta de *culpa in contrahendo*, cuál es la modalidad que mejor se le adapta. (pp. 757-758).

Esta heterogeneidad en el tratamiento de la naturaleza jurídica del *dolo in contrahendo* y de la *diligencia in contrahendo*, que vienen insaculadas en un mismo cuerpo genérico denominado CIC, con su consecuente disparidad ínsita reflejada en el interminable debate entre la contractualidad y la extracontractualidad, también se refleja en los límites indemnizatorios, es decir, el debate gira en torno a si la indemnización se bebe del hontanar del interés negativo o positivo. Cabanillas Sánchez (2015) cree que puede ser de ambas (p. 759).[502]

Entonces, de una parte, tenemos el dolo in contrahendo, gobernado por el elemento de la buena fe (que se presume, pero cuyo quebrantamiento o violación en la etapa prenegocial demanda su probanza para determinar la mala fe o el dolo), y la diligencia in contrahendo (que genera la culpa en strictu sensu). Ambos extremos son dispuestos y planteados en el plano teórico, puesto

[502] Cabanillas Sánchez la manifiesta de la siguiente manera: "Frente a esta tesis hay que afirmar que ante la heterogeneidad de los casos de culpa in contrahendo no es oportuno sentar una regla general que no admita excepciones, de acuerdo con la cual la indemnización de los daños no puede sobrepasar en ningún caso el límite del
interés negativo. La obligación resarcitoria que nos ocupa no admite un único e indiscutible encasillamiento. No es una exigencia institucional del sistema jurídico español que en las ocasiones en las que se produce responsabilidad precontractual el daño indemnizable coincide con el interés negativo, sino que en nuestro Derecho existen supuestos de culpa in contrahendo que llevan aparejada la indemnización del interés positivo o de cumplimiento" (Cabanillas Sánchez, A. (2015). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 628, 747-788*. Madrid, p. 759).

que en el plano práctico la CIC es gobernada por el dolo in contrahendo y pocas veces por la diligencia in contrahendo.[503]

b. La responsabilidad precontractual en el derecho mercantil español

Los artículos propuestos en el Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante "ACM") 412-1 y 412-2 incluyen cláusulas referentes al sistema de responsabilidad precontractual[504].

Así, por ejemplo, el Artículo 412-1 del ACM, estipula: "Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que con este carácter reciba de la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber."

Por su parte, el numeral 412-2 del ACM, postula una responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato.

1. En el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo.

2. La parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte**.** En todo caso se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.

De los dos artículos mencionados, centremos nuestra atención al numeral 2 del artículo 412-2, en especial la primera parte que reproduce la ideología de la RINP, o sea de la responsabilidad precontractual de raigambre italiana. En efecto, la primera oración del segundo numeral explícitamente impone la obligación de negociar de buena fe. Pero la segunda parte del mismo numeral es un poco abstracto, se impone la presunción de que existe mala fe cuando una parte ingresa a negociar sin intención de llegar a un acuerdo. Este extremo creemos que fue un poco lejos y se aleja de la filosofía del RINP, en el sentido de que cualquier tipo de negociación de una parte que no tenga la intención de llegar a un acuerdo ya actúa *per se* de mala fe. Es el caso del

[503] Este tema lo desarrollaremos con mayor amplitud en el capítulo II.
[504] Anteproyecto Del Código Mercantil Español, Ministerio de Justicia, [ACM]. 30 mayo del 2014 (España).

transeúnte que camina en un mall y ve una casaca que le gusta y decide preguntarle al empleado de qué material está hecho. De acuerdo a este artículo, o sea la segunda parte de este numeral, cualquier persona (como el transeúnte) que no tenga la intención de culminar la negociación (cual es la de comprar la casaca) estaría actuando de mala fe, y en realidad ése no es el caso porque el transeúnte todavía no ha decidido comprar o no comprar.

Y en este punto donde es necesario detenernos. Si el artículo habla de la mala fe, está dando a entender que la responsabilidad se deriva de un actuar doloso (o sea con intención), entonces la doctrina se pregunta, ¿qué pasa cuando existe un actuar no doloso pero culposo? Es el ejemplo de Rodríguez de las Heras (2015), que piensa:

> Si el nacimiento del deber de indemnizar tiene su foco en la frustración de la confianza legitima, cabría admitir la extensión a comportamientos culposos o negligentes, pero no a los sencillamente capaces de generar confianza en la otra parte aun en ausencia de culpa... En cualquier caso, la confianza que se protege es la legítima, la objetiva y la razonable, pero no se podrán indemnizar los daños que deriven de la errónea valoración de las negociaciones por la parte perjudicada, de su imprudencia, de su actuación negligente o de la precipitación que no se hayan visto alentadas por un comportamiento inadecuado de la otra parte en el sentido de contrario a la buena fe. (p. 1810).

Al respecto, cabe mencionar que el artículo 7 del actual Código Civil Español claramente especifica el deber de ejercitar los derechos bajo el principio de la buena fe, evitando el abuso del derecho[505]: "1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Y por otro lado el artículo 1 del CC español reza lo siguiente: "Artículo 1: (4). Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico."[506]

[505] Código Civil español. [CCE], aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).
[506] CCE. §1(4).

Entontes, realizando una interpretación extensiva, algún sector de la doctrina española piensa que la obligación de ejercitar los derechos de buena fe se extiende a la etapa precontractual por concepto del artículo 7.1 y artículo 1.4 del CC español. Cierto sector de la doctrina opina que el principio de la buena fe ilumina toda etapa del tramado negocial, es decir, la etapa de negociaciones preliminares. Rodríguez De las Heras (2015) lo manifiesta así:

"La fase de negociaciones está presidida, como el propio acto de contratar, por el principio de libertad de las partes para iniciar, continuar o desistir de los tratos… Esta libertad de las partes no es absoluta ni ilimitada, sino que aparece enmarcada por el principio de buena fe." p. 1808.

Asimismo, volviendo al tema del RINP en el Anteproyecto del Código Mercantil, en función a la alusión sobre la mala fe que hace el artículo. Nos parece que este tratamiento del Anteproyecto del Código Mercantil es difuso e impreciso con respecto a la obligación de negociar de buena fe. Esta normativa debería precisarse mejor y no dejar al aire el tema de la buena fe, en el entendido que esta normativa quiera enganchar la normatividad mercantil a los conceptos de la CIC o del RINP en particular.

Si la normatividad propuesta pretende imponer con su *ius imperium* la obligación de negociar de buena en la etapa precontractual, debería definir lo que se entiende por buena fe, y no simplemente definir lo que es la mala fe. Asimismo, debería explicar que la parte que no actúa de buena fe, o sea de mala fe, genera o induce a parte inocente (ajena al vicio) a actuar en conformidad con las promesas, lo que le lleva a incurrir en gastos o danos que son resarcibles por la parte culposa. Esta parte del "Overact" no está ni en lo más mínimo referido.

Con esto, el concepto de PE desde la perspectiva del artículo 90 del Segundo Restatement de los Contratos queda definido de una manera más eficaz y más nítida que la definición de la RINP que pretende realizar el Anteproyecto del Código Mercantil.

D. - Austria

En Austria, la CIC no está codificada; sin embargo, podemos ver el numeral 1295 del Código Civil Austriaco[507] que sería la única figura viable para dar solución a situaciones de responsabilidad precontractual. En efecto, tal numeral especifica:

[507] Código Civil General de Austria [ABGB]. Art. 1295. (Austria).

> Toda persona tiene derecho a reclamar la reparación de un perjuicio a quien sea responsable de habérselo ocasionado; el perjuicio puede ser causado por un incumplimiento de una obligación contractual o no guardar relación con un contrato

Entonces, a nuestro modo de ver, el numeral 1295 del ABGB sería la fórmula para acercar la figura de la responsabilidad aquiliana (extracontractual) y tratar de resolver los asuntos de la CIC-RINP.

E. Dinamarca

No existe una provisión legislativa con respecto a la CIC o la responsabilidad precontractual en el derecho danés. Hay, sin embargo, algunas normas contractuales y otras de orden púbico que pudieran prestar su férula para atender problemas reales, como por ejemplo la Ley de Contratos de Dinamarca[508]; sin embargo, no existe obligación de negociar de buena fe.

Por otra parte, Cartwright y Hesselink (2009) opinan que existen dos doctrinas derivadas de la práctica judicial con respecto a los contratos y la mala fe de una de las partes. Una de ellas es la negociación tramposa (*cheat contracting*) y la otra es la continuación tramposa o engañosa (*cheat continuing*), de donde los tribunales podrían usar una de estas figuras pare indemnizar daños. (pp. 49-50).

F. Escocia

Como quiera que Escocia adoptó el sistema del *common law inglés*, no existe una obligación de negociar de buena fe, y por lo tanto la CIC no es una figura aceptada. En todo caso, la responsabilidad extracontractual (*torts*) o aquiliana, en la figura del fraude o el engaño (*misrepresentation*) puede ser la alternativa.

Los elementos del fraude son:

1). Que la parte demandada supo que la representación era falsa, o
2). Que el demandado creyó que la representación era falsa, aunque positivamente no sabía que era falsa, o
(3) Que la parte demandad realizó la representación con indiferencia a la verdad. (Cartwrigth y Hesselink, 2009, pp. 52-53.

[508] Ley de Contratos de Dinamarca (LCD). Art. 25. 8 de Setiembre de 1986. (Dinamarca).

G. Estonia

La Ley de Obligaciones (Law of Obligations Act, LOA)[509] de Estonia se titula "Responsabilidad por daños ilícitos". Establece que: "Una persona que causa daños ilícitos a otra persona está obligada a compensar por los daños".

Asimismo, el numeral 14 de la LOA establece: § 14. Negociaciones precontractuales:

> (1) Las personas que participan en negociaciones precontractuales u otras preparaciones para la celebración de un contrato deben tener en cuenta razonablemente los intereses y derechos de las demás. La información intercambiada por las personas en el curso de la preparación para la celebración del contrato debe ser precisa.
> (2) Las personas que participan en negociaciones precontractuales u otras preparaciones para la celebración de un contrato deben informar a la otra parte de todas las circunstancias en las que la otra parte tenga un interés esencial identificable, en función del objeto del contrato. No existe la obligación de informar a la otra parte de tales circunstancias de las que la otra parte no pudiera esperar razonablemente ser informada.
> (3) Si las personas que participan en negociaciones precontractuales no llegan a un acuerdo, no se derivan consecuencias jurídicas para las personas de las negociaciones. Una persona no debe participar en negociaciones de mala fe, en particular si la persona no tiene la intención real de celebrar un contrato, ni romper las negociaciones de mala fe.
> (4) Si se presenta a una persona información que no está sujeta a divulgación en el curso de las negociaciones precontractuales, la persona no debe divulgar dicha información a otras personas ni utilizarla de mala fe en su propio interés, independientemente de que se celebre o no un contrato.

Como se puede observar, la CIC en sus tres vertientes se introduce en la normativa de Estonia. En la doctrina estoniana ha habido un debate en torno a la naturaleza jurídica de este principio, que parece recoger el postulado de la CIC, en el sentido de insacular el numeral aludido bajo la férula contractual o extracontractual. Sein (2005) piensa que su naturaleza es extra contractual (pp. 10-11) y lo expresa de la siguiente forma:

> Estos derechos legales deben y, por regla general, son protegidos únicamente a través de la ley de delitos. Si una persona abre un supermercado y los visitantes son golpeados por un estante que cae, la responsabilidad del supermercado hacia aquellas personas que tenían la intención de comprar algo, es decir, estaban, por así decirlo, en el proceso de negociaciones precontractuales, no debería ser diferente de su responsabilidad hacia aquellas personas que no tenían la intención de comprar nada o incluso no podían comprar nada debido a su

[509] Ley de Obligaciones de Estonia [LOA]. Art. 1043. 7 de enero 2002 (Estonia).

> capacidad legal activa restringida. Más bien, se debe adoptar la posición de que el propietario del supermercado tiene un deber general de cuidado en relación con todas las personas presentes, y en caso de violación de dicho deber, surgirá la responsabilidad por delito del propietario. (p. 11).

Por otra parte, es necesario resaltar el párrafo tercero del numeral 14 de la LOA que establece la obligación de negociar sin mala fe. Como lo veremos en el próximo capítulo, especialmente en la parte atinente al legado del Digesto romano, la buena fe se presume en todas las actividades humanas, y es la mala fe equiparable al dolo o al fraude que debe probarse. Con ello queda demostrado, que, en la normatividad de Estonia, el principio del RINP (ruptura injustificada de negociaciones preliminares, significa una ruptura "maliciosa" (de mala fe) de negociaciones preliminares.

Asimismo, es necesario recordar que el numeral 14 es un reflejo en la etapa precontractual del principio general de actuar de buena fe, encapsulado en el numeral 6: (1) Los obligados y los obligados actuarán de buena fe en sus relaciones mutuas".

Por su parte, el eterno debate sobre si la CIC es contractual o extracontractual, también se cristaliza en la doctrina de Estonia, especialmente Kull y Torga (2013) que expresan tal dicotomía de la siguiente forma:

> Todavía no está claro si la responsabilidad por el incumplimiento de tales obligaciones se caracterizaría, con arreglo al Derecho sustantivo estonio, como contractual o extracontractual, aunque la opinión predominante en la doctrina estonia parece ser favorecer a los primeros, ya que estas obligaciones han sido reguladas por el legislador junto con las obligaciones contractuales. (p. 66).

Como podemos apreciar, este debate es interminable y se reproduce en cada legislación nacional; sin embargo, los esfuerzos académicos y doctrinarios para relanzar la economía estonia dentro del libre mercado europeo han sido elogiados por el propio Von Bar (2008):

> Los países que dependen del comercio exterior deberían tener un interés vital en la promoción de un marco común para el intercambio de bienes y servicios. Este es el argumento central, según entendemos, presentado por el Gobierno de Estonia en la Conferencia de Tartu de 2007 en apoyo del CFR [Draft Common Frame of Reference] y de nuestro trabajo. Agradecemos ese apoyo. Esperamos sinceramente que el espíritu de

> esa importante conferencia contribuya a la buena elaboración de políticas en los años venideros. (p. 7).

Como veremos posteriormente, el proyecto del Marco Común de Referencia (DCFR en inglés), la cita de Von Bar hace directa alusión al tratamiento del numeral 3:301 que se refiere dentro de los deberes de negociación y confidencialidad a las negociaciones contrarias a la buena fe y al trato justo[510]:

> (1) Una persona es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo. (2) Una persona que participa en negociaciones t**iene el deber de negociar de buena fe y un trato justo y de no romper las negociaciones que sean contrarias a la buena fe y al trato justo. Este deber no puede ser excluido ni limitado por contrato.** (3) Una persona que incumpla el deber es responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte por el incumplimiento. (4) **Es contrario a la buena fe y al trato justo, en particular, que una persona inicie o continúe negociaciones sin una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte**. [El subrayado es nuestro].

Sobre estos puntos regresaremos posteriormente con detenimiento.

H. Finlandia

Finlandia tiene una Ley Sobre Daños de 1974[511] que es la reproducción del sistema de responsabilidad extracontractual, pero no impone una obligación de negociar de buena fe, ni tampoco incorpora la CIC en su articulado. En efecto, la sección 1 del capítulo II de esta ley provee que "una persona que deliberadamente o negligentemente causa daño a otra será responsable por los daños."[512] En el sistema de daños de Finlandia, como vemos, el tema de la culpa es crucial para determinar la responsabilidad.

Por su parte, la Ley de Contratos de Finlandia de 1929 tampoco tiene una provisión sobre la responsabilidad precontractual.[513] Sin embargo, el Código de Derechos Reales de Finlandia tiene

[510] Marco Común de Referencia Europeo. (MCRE). § 3:301. 2009. En adelante "MCRE".
[511] Ley de Daños de Finlandia (LDF) No. 412 de 1974 (Finlandia).
[512] LDF, § Capítulo II, sección I (1).
[513] Ley de Contratos de Finlandia (Oikeustoimilaki,), Nro. 228. 1929 (Finlandia).

dos artículos que es necesario revisar[514], en especial la Sección primera del Capítulo 2 que expresa los requisitos para la existencia del contrato sobre bienes raíces, que es el contrato escrito, firmado por comprador y vendedor frente a un notario[515]. De otra parte, la Sección 7 del Capítulo 2 se refiere al precontrato de la siguiente forma[516]:

> (1) Las partes pueden celebrar un precontrato sobre una intención de venta de bienes inmuebles. El precontrato puede ser obligatorio para una sola de las partes.
> (2) El precontrato se celebrará de conformidad con las disposiciones de las secciones 1 y 3; también las demás disposiciones sobre la venta de bienes inmuebles se aplican a un precontrato, donde corresponda. El precontrato también indicará el plazo para la celebración de la venta de bienes inmuebles y las condiciones cuyo cumplimiento da lugar a la venta.
>
> Sin embargo, el precio y otras contraprestaciones pueden dejarse a convenir más tarde, en el base a que se refiere el precontrato. Si no ha transcurrido el tiempo de vigencia del precontrato indicado, será de cinco años desde la celebración del precontrato.
> (3) Una parte del precontrato tendrá derecho a iniciar una acción dentro del plazo límite previsto en la sección 2(2) y exigir que la otra parte concluya la venta como pactado en el precontrato. Además, una parte tendrá derecho a la debida indemnización por incumplimiento de precontrato. Si el bien inmueble ha incumplido el precontrato ha sido transmitido a un tercero, el comprador mencionado en el precontrato tendrá derecho a la debida compensación por parte del vendedor.[517]

Por su parte la Sección 8 de dicho Código detalla con precisión la compensación a la parte afectada si la otra parte de rehúsa a formalizar el contrato: "Si las partes han convenido en una venta de bienes inmuebles, pero el acuerdo no ha sido concluido de conformidad con la sección 7(2), la parte responsable de la no celebración de la venta compensará a la otra parte por los costos razonables incurridos por publicidad, visitas al inmueble y las demás actividades necesarias para la conclusión de la venta. Si se ha hecho un pago inicial, la parte que exceda el se devolverán los costes mencionados anteriormente."[518]

A nuestro modo de ver, pese a que el Contrato de Bienes Raíces contenga unos numerales referidos al precontrato de bienes raíces, ese "precontrato" en realidad es un contrato o una promesa de formalizar el contrato futuro. Los agentes de bienes raíces y los abogados de inmuebles lo usan frecuentemente y es un lugar común con el fin de evitar que el vendedor o el comprador

[514] Código de Bienes Raíces de Finlandia (Maakaari). Nro. 540, 1995. 1998 (Finlandia).
[515] Maakaari, Capítulo 2, Sección 1.
[516] Maakaari, Capítulo 2, Sección 7.
[517] Maakaari, Capítulo 2, Sección 7.
[518] Maakaari, Capítulo 2, Sección 8.

cambien de opinión y vendan el bien inmueble a un tercero mientras que el agente inmobiliario sigue trabajando en la financiación (por ejemplo) del futuro comprador.

I. Francia

No tiene un sistema de CIC al estilo de la responsabilidad precontractual[519] italiana o alemán, pero resuelve el problema de la RINP a través de la responsabilidad extracontractual o aquiliana de los numerales 1240 y 1241 del CCF (antiguos numerales 1382[520] y 1383 del CCF)[521] que dice: "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo", que no es sino el principio "*neminem laedere*" (no dañar a otro), mientras que el numeral 1383 del CCF alude a la culpa no intencional como la negligente o imprudente.

En el derecho francés no existe un sistema de responsabilidad precontractual derivado de una obligación de negociar de buena fe, al modo del código civil italiano, por tanto, no existe la teoría de la CIC en este sentido. Toda responsabilidad derivada de una lesión al derecho patrimonial ajeno será reconducida a través de la responsabilidad extracontractual (o sea lo que se conoce en el *common law* como un "*tort*"). Veamos a continuación los artículos pertinentes del Código Civil.

Los artículos 1240 y 1241 del Código Civil Francés reformado en el 2016,[522] establecen los principios de la responsabilidad extracontractual:

> Art. 1240. –Cualquier acto humano que cause daño a otro crea en la persona por cuya culpa ocurrió la obligación de repararlo.[523]
> Arte. 1241. –Toda persona es responsable del daño que haya causado no solo por su acción, sino también por su falta de acción o su descuido.

Como podemos observar, existe una obligación de reparar el daño irrogado a otro. No se especifica si es un daño al patrimonio, al cuerpo, la propiedad o la salud de otra persona, solamente se explica que existe la obligación de reparar un daño por acción o "descuido", lo que se entiende como negligencia. En el *common law*, como ya lo vimos, en la responsabilidad extracontractual

[519] Chaussade Klein (1992) llama "responsabilité précontractuelle" a la CIC en el Sistema francés (pp. 144 y 146).
[520] En relación a casos de fraude o engaño, Chaussade Klein (1992), cree que se puede usar la figura de la CIC para reclamar daños y perjuicios (pp. 85-91 y 110).
[521] Código Civil Francés (CCF), 2016.
[522] Código Civil Francés (CCF), 2016.
[523] Este es el texto de la responsabilidad extracontractual a partir de la Reforma del 2016, puesto que antes el CC de 1804 de Napoleón tenía los artículos 1382 y 1383.

tenemos cuatro elementos (obligación, quebrantamiento de la obligación, causa eficiente, y daños), mientras que en el *civil law*, la culpa es una fusión de los dos primeros elementos del *common law*, o sea del deber y su incumplimiento.

Ahora bien, con respecto al deber de ejecutar los contratos de buena fe, tenemos que el numeral 1134 del Código de Napoleón (antes de su reforma en el 2016) decía: "Los contratos legalmente formados tienen fuerza de ley para las partes contratantes. Deben ser ejecutados de buena fe", y que en esencia se conservó en el numeral 1103 del actual Código Civil Francés[524] (después de la reforma del 2016): "Los contratos deben ser cumplidos de buena fe por las partes."

Es necesario aclarar que -como lo venimos viendo con respecto a la versión anterior a la reforma del 2016 del CC de Napoleón- en numeral 1134, tercer párrafo (los acuerdos deben ser ejecutados de buena fe) y el numeral 1116[525] que prescribe el fraude.[526]

No existe, legislativamente hablando, un numeral del CCF referido a la responsabilidad precontractual[527]. Sin embargo, Saleilles (1895) se refirió al deber de actuar de buena fe en la etapa de las negociaciones. La teoría de Saleilles sobre la culpa in contrahendo se basa en la idea de que las partes involucradas en una negociación o contrato tienen la responsabilidad de actuar de buena fe y con honestidad. Según Saleilles (1895), existe una obligación implícita en las partes para llevar a cabo negociaciones leales y sin engaño, y el incumplimiento de esta obligación puede generar responsabilidad contractual.[528]

Por otro lado, las Cortes han tratado de preservar el derecho de las partes a contratar libremente y evitar empañar el derecho a una negociación libre para preservar la seguridad jurídica.

---

[524] Código Civil Francés (CCF), 2016.

[525] Por su parte Chaussade Klein piensa que un contrato puede ser anulado en casos de engaño o donde una parte ha sido engañada sobre un punto esencial del contrato (Chaussade Klein, B. (1992). *La "obligación de renseignements" precontractual en el derecho francés.* Berlín: Peter Lang, pp. 82-84).

[526] Cfr. Dobrilá, M. (2015). Unification Of Criteria for The Assessment of Good Faith in Negotiating Contracts: From National to International Through the Intercession of The European Experience. *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, No. 2, 1-10, p. 5.

[527] Mussy cree que los tribunales franceses están cada vez más dispuestos a intervenir en relaciones privadas en nombre de la justicia contractual, y que el concepto de buena fe se está volviendo cada vez más importante en el derecho francés. Además, analiza la importancia del deber de informar y las consecuencias de la reticencia, ambos relacionados con la buena fe (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., pp. 208-211).

[528] En resumen, la teoría de la *culpa in contrahendo* de Saleilles (1895) establece que hay un deber de buena fe en la fase precontractual, que se extiende desde el inicio de las negociaciones hasta la conclusión del contrato. Este deber de buena fe implica que las partes deben actuar con honestidad y transparencia en sus negociaciones, y deben abstenerse de cualquier conducta que pueda engañar o perjudicar a la otra parte. Si una parte incumple este deber, puede ser responsable de daños y perjuicios.

Por su parte, Kottenhagen (2006) propuso un sistema tentativo de responsabilidad precontractual a partir de su análisis de la casuística francesa, esbozando los siguientes elementos constitutivos de la responsabilidad precontractual:

1. Que las negociaciones estén avanzadas.
2. Que el trabajo ya haya comenzado (se refiere a que la parte perjudicada realice un gasto en confianza de las promesas de la otra parte).
3. Que exista un retiro brusco del proceso de negociaciones. (pp. 79-81).

Como podemos observar de esta caracterología de la RINP en el derecho francés, podemos hacer dos observaciones. La primera, es que esta caracterología no propone de una obligación de negociar de buena fe, pero sí exige que las negociaciones estén en una etapa avanzada. La definición del término "negociación avanzada" tampoco fue definida y queda como un concepto por definir.

La otra observación que podemos hacer es que se emplea el término "brusquedad en el retiro" de las negociaciones, lo cual no significa necesariamente "retiro injustificado" de la RINP.

Seguidamente, Deshayes y Maitre (2009) aclaran el panorama en el espectro francés para explicar el tipo de norma de comportamiento que -a partir de su incumplimiento- acarrea responsabilidad:

> Primero, es incorrecto participar o mantener negociaciones sin una verdadera intención de concluir el contrato... En segundo lugar, la culpa puede surgir durante las negociaciones porque una de las partes se comportó de manera incorrecta hacia la otra parte, por ejemplo, proporcionando información confidencial obtenida durante las negociaciones a un tercero. Por último, la culpa puede consistir en una ruptura repentina de las negociaciones cuando la otra parte tenía buenas razones para pensar que se iba a concluir el contrato. Este tipo de culpa depende de las circunstancias de la ruptura de las negociaciones. (p. 29).

Ahora bien, la parte infractora podría escapar de su responsabilidad -en el sistema francés- si propone una "razón legítima" para quebrar las negociaciones con la otra parte, pero las Cortes no tienen claro los límites de estas razones legítimas:

> El autor de una ruptura injustificada de las negociaciones puede escapar de la responsabilidad al dar una "razón legítima" por no haber concluido el contrato. La jurisprudencia no es muy clara sobre este último punto. La demanda judicial de una "razón

> legítima" varía según los tribunales y los casos. La *Cour de cassation* parece pedir tal razón en sus decisiones más recientes: la ausencia de razón juega un papel importante en la determinación de la responsabilidad del demandado. Si se da una razón, el juez tendrá que determinar si justifica la ruptura de las negociaciones. (Deshayes y Maitre. 2009, p. 29).

En cuanto a los tipos de daños identificados por el sistema jurisprudencial francés, tenemos cuatro tipos: 1). primer lugar, se encuentran todos los gastos de negociación asumidos por la otra parte. 2) la pérdida de oportunidad, que cubría, hasta hace poco, tanto la pérdida de la posibilidad de concluir y beneficiarse del contrato negociado como la pérdida de la posibilidad de concluir un contrato de reemplazo con otra parte durante las negociaciones. 3) la víctima del incumplimiento puede obtener una compensación basada en lo que la ley francesa llama "daño moral", como el daño causado a la reputación de la víctima. 4). En cuarto lugar, una categoría residual incluye varios tipos de daño, como el daño causado en la competencia o al divulgar información confidencial obtenida durante las negociaciones (Deshayes y Maitre. 2009, p. 29-30).

Con respecto al punto dos del párrafo precedente, es necesario aclarar que esta pérdida de oportunidad no se equipara con el lucro cesante que viene derivado de la responsabilidad contractual y reservado al sistema contractual, o sea los daños expectaticios digamos de otra manera. Es decir, bajo la ley francesa, el perjuicio resultante de la violación precontractual le da derecho a la parte perjudicada a una indemnización, pero no a la conclusión del contrato previsto (ya que este último remedio está reservado para la responsabilidad contractual).[529]

En todo caso, y al igual que en todo sistema legal, el objetivo de la responsabilidad (sea de los *torts* o extracontractual, o contractual) es la de restaurar el equilibrio destruido por el daño, y poner a la víctima en la situación en la que estaría de no haberse producido el daño.

Sin embargo, el tema de la "pérdida de oportunidad" no es un tema totalmente zanjado en Francia. Deshayes y Maitre (2009) revelan que la jurisprudencia francesa todavía sigue debatiendo este tema y no ha quedado resuelto:

> En una importante y ampliamente comentada decisión, la *Cour de cassation* decidió que "las circunstancias que crean una falta en el ejercicio de la libertad de romper las

[529] En el sistema francés no existe el sistema de daños punitivos o la mitigación de pérdidas (Deshayes, O. y Maitre, G. (2009). Case 1: Negotiations for premises for a bookshop. En Cartwright y Hesselink (directores), *Precontractual Liability in European Private Law* (pp. 28-32). Cambridge University Press, p. 31).

> negociaciones no causan el perjuicio consistente en la pérdida de una oportunidad de beneficiarse del contrato negociado": Com 26 Nov. 2003, RTDCiv 2004, 80 (J. Mestre y B. Fages); JCP E 2004, 738 (Ph. Stoffel-Munck); JCP 2004, I, 163 (G. Viney). Después de esta decisión, los escritores académicos pensaron que la pérdida de la oportunidad de concluir el contrato negociado ya no era compensable según la ley francesa. Al principio, esta predicción parecía ser contradicha por decisiones más recientes, no publicadas por la *Cour de cassation*: véase Com 14 Dec. 2004, no. 02-10157 y Civ 3, 30 Mar. 2005, no. 04-10662. Pero desde entonces ha sido firmemente confirmado por otra decisión ampliamente comentada que citó casi literalmente la frase utilizada en el caso de 2003: Civ 3, 28 June 2006, RTDCiv 2006, 754 (J. Mestre y B. Fages); JCP G 2006, II, 10130 y JCP E 2006, 1524 (O. Deshayes). Presentando este caso en su informe anual para 2006, la *Cour de cassation* observa que la solución es una consecuencia del derecho de los negociadores a romper las negociaciones libremente. Debido a que la culpa radica en las circunstancias de la ruptura y no en la ruptura en sí misma, nunca puede causar la pérdida de una oportunidad de beneficiarse del contrato. (p. 29-30.)

Con ello podemos observar que el sistema de responsabilidad precontractual francés no es un sistema orgánico, uniforme y eficiente. Todavía sigue en debate ciertos elementos de la responsabilidad precontractual cual es el de determinar si la pérdida de oportunidad viene incluida o no dentro del sistema indemnizatorio de dicha responsabilidad. Y no solamente eso, sino que en Francia no existe un sistema de responsabilidad precontractual sui generis, propio e independiente del sistema de los *torts* o de la responsabilidad extracontractual, sino que está sumergida dentro de la naturaleza extracontractual, donde la indemnización a la parte agraviada deviene como fruto de una violación a un deber impuesto por la ley (orden público) cual es el de no causar daño a terceros (non ladere). No nos parece que el sistema precontractual francés sea un sistema eficiente.

De otra parte, el sistema francés no tiene la figura de la mitigación del daño, es decir que la parte responsable del daño no puede alegar que la parte agraviada es parcialmente culpable por no tratar de mitigar o aminorar el daño. Ello tampoco no es tan justo desde el punto de vista global si tenemos en cuenta a ambas partes.

J. Grecia

Brevemente veremos cómo la responsabilidad precontractual se ha manifestado legislativamente en otras latitudes. Tenemos por ejemplo el caso de Grecia que en el artículo 197

de su Código Civil, establece[530]: "En el curso de las negociaciones para la celebración de un contrato, las partes estarán recíprocamente obligadas a adoptar la conducta que dicte la buena fe y los usos comerciales."

En este sentido, para Pouliadis (1982), el que una parte otorgue información falsa a la otra durante la etapa precontractual, violando el numeral 197 antedicho, equivale a la CIC o sea a un misrepresentation, (p. 166), y se refiere a situaciones donde un socio negociador resulta engañado (pp. 196-197).

Mientras que la sección 198 del Código Civil Griego establece que[531]: "Una persona que en el curso de las negociaciones para la celebración de un contrato haya causado un daño a la otra parte por su propia culpa, será responsable de la indemnización incluso si el contrato no se ha celebrado."

Entonces, con estos antecedentes legislativos podemos afirmar que la CIC en la figura de la RINP es aceptada legislativamente en Grecia, con un lenguaje que imita al Código italiano en su numeral 1337, poniendo énfasis en la obligación de negociar de buena fe.

K. Inglaterra

En Inglaterra, como estudiaremos en el capítulo IV, existe el estoppel promisorio para como una defensa que usa la parte demandada para impedir que el demandante cambie de parecer con respecto a hechos pasados. El estoppel propietario existe para evitar injusticias referidas a representaciones hachas sobre un interés real (interés en una propiedad real).

También Inglaterra tiene la figura del fraude o del engaño, dentro de la responsabilidad extracontractual. No tiene una obligación de negociar de buena fe, puesto que se percibe el interés propio como la piedra angular de la contratación.

En los capítulos anteriores vimos cómo la figura del estoppel había evolucionado. Vimos que, en efecto, el estoppel en el mundo del *common law* inglés representó una defensa o un escudo, mas no una causa para accionar, o sea, no funcionó como espada. El estoppel, como lo vimos anteriormente, tiene mucha vinculación con la figura de los Actos Propios, que viene desde Roma "*venire contra factum propium non valet*" y significa básicamente una prohibición de retractarse de la palabra empeñada, básicamente se refiere a los casos de *misrepresentations* o casos donde

[530] Código Civil Griego (CCG), §§197. promulgado el 11 de junio 1975. (Grecia).
[531] CCG, §§198.

uno una falsedad, y básicamente para casos del pasado. Esta es la gran diferencia con el PE del *common law* americano, donde, como vimos también, el PE se usa como escudo (defensa) y también como espada (como acción), y se refiere a casos donde una promesa que genera confianza en otra parte, genera responsabilidad por los intereses negativos que la parte promisoria incurre en atención a los gastos realizados en confianza de dicha representación, independientemente de la buena o mala fe del promitente.

En cuanto al principio de la buena fe, frecuentemente la doctrina estudia la filosofía de CICerón porque él explicaba que la buena fe excluía la posibilidad de un vendedor de esconder hechos que afecten el valor comercial de una mercancía, aun cuando el vendedor no haya realizado una *misrepresentation* (descripción engañosa, tergiversación, falsificación) afirmativa[532].

También vimos cómo en el derecho alemán la doctrina de la CIC nace con la autoría de Ihering para encontrar un culpable de la invalidez de un contrato que, siendo válido, tenía alguna causal de nulidad por la violación de un deber de información o de cuidado. Pues bien, en el derecho inglés, la aparición de la buena fe se oficializa en el caso *Carter v. Boehm*, 1766. 3 Burr 1905, 97 ER 1162, que es un caso del derecho de seguros. A grandes rasgos el caso se trata sobre el gobernador de una isla en Sumatra que quiso asegurar por el período de un año (1759-1760) una fortificación frente a danos, no solamente de los nativos, sino de una ocupación extranjera europea. En efecto la compañía aseguradora no quiso pagar la indemnización del seguro después de que la flota francesa destruyera la fortificación.

En el estudio realizado por Stephen Watterson[533] podemos observar cómo razona Lord Mansfield frente a cada uno de los argumentos esgrimidos por la compañía aseguradora para evitar responsabilidad en el pago de la indemnización. Primero analiza los extremos de la póliza, cual es el riesgo de perder el Fuerte Marlborough a causa de una invasión europea durante un año (1759-1760) en cuyo caso la indemnización sería de 10 mil libras esterlinas. El principio gobernante de la buena fe entra en un dilema entre la obligación del asegurado de exponer todas las circunstancias habidas y sabidas con respecto al bien asegurado vs. la negligencia de la aseguradora de no realizar su trabajo investigativo suficiente para escudriñar todas las circunstancias que envuelven el bien asegurado.

[532] Cfr. Palmieri, N. (1993). Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations. *Seton Hall Law Review, 24*, 70, p. 82.
[533] Watterson, S. (2008). *Carter v Boehm*. En Landmark Cases in the Law of Contract (Editores Charles Mitchesll y Paul Mitchell) Oregon: Hart Publishing, pp. 59-118.

La compañía aseguradora discurre el grueso de sus argumentos echando la culpa al asegurado de no haberle proporcionado la suficiente información, de no haber expuesto de buena todos los datos que tenían a su disposición. Se habla en este caso extensamente sobre la obligación del asegurado de exponer toda la información disponible; sin embargo, Lord Mansfield razona que el asegurado no tenía la obligación de exponer dicha información (cuando hablamos de información nos estamos refiriendo a las noticias de una posible invasión francesa al puerto y la posible destrucción de la fortificación), porque Mansfield consideraba que la obligación de fidelidad del demandante era para con su superior, y de exigírsele exponer dicha información significaría una violación de los principios de lealtad para con su superior. Por otra parte, Mansfield piensa que dicha "información" no llegó al nivel de conocimiento relevante porque eran "sospechas" que tenía el demandante, las mismas que eran de dominio público y que en realidad la obligación de la compañía demandada era la de inquirir y equiparse de todas las herramientas para poder extender el seguro.

Se trata de un caso pro-asegurado, no queda duda, lo que se discute es la extensión del principio de buena fe y los alcances de ésta.

L. Irlanda

Irlanda, como parte del sistema del *common law* inglés, o por su influencia, no tiene un sistema legislativo que acepte el CIC- RINP. Sin embargo, este país dispone de una ley de daños de 1961 donde se ven los temas de fraude o engaño, en caso de existir mala fe en una de las partes.[534]

Este país tiene a su disposición el sistema de *torts* del *common law*, por medio del cual podría recurrir al fraude o engaño en caso de demostrarse la mala fe de la parte responsable, pero no hay un requerimiento de negociar de buena fe en la etapa precontractual.

La acción por "engaño" o "fraude", nos dice requiere algunos elementos como la falsa representación de hechos, hecho fraudulentamente por el demandado con la intención de induce en el demandante una confianza en tal representación, y el demandante tuvo que haber confiado en tal representación y haber sufrido un daño en consecuencia. Por su parte, Friel (2009) expone:

[534] Ley de Responsabilidad Civil de Irlanda (LRC). Nro. 41 de 1961. (Irlanda).

> En la legislación irlandesa, cuando las partes no han celebrado un contrato, su relación se rige por la ley de responsabilidad extracontractual, restitución o cuasi-contrato. La responsabilidad extracontractual se circunscribe a las acciones por dolo o falsedad negligente. La responsabilidad por restitución o cuasi contrato surge cuando el demandante ha incurrido en gastos con la creencia de que había o habría ser, un contrato con el demandado. La ley del cuasi contrato es relativamente complejo. La función principal es permitir la recuperación en *mérito cuántico*. (p. 125).

M. Noruega

No existe una norma específica, al estilo italiano, donde se recepte el concepto de CIC en el sistema noruego. Sin embargo, jurisprudencialmente, parece ser que la "mala fe" intenta ser el fundamento jurídico bajo el cual el juez en su sentencia, relata Kina Hansen (1998, p. 761) basa su argumento para indemnizar a la parte demandante.

Comentando sobre este caso, Lasse Simonsen (2009) explica:

> El juez presidente resumió los desarrollos legales en Noruega hasta la actualidad de esta manera: No está claro bajo qué regulación legal debe juzgarse esta situación determinada en la ley noruega. En cuanto a las condiciones que rigen el derecho a daños y perjuicios en casos de interés de confianza, hay poco material al que referirse en casos anteriores, y sin doctrina jurídica claramente definida. Sin embargo, culpable debería haberse mostrado un comportamiento durante las negociaciones del contrato, como actuando de mala fe, o de manera deshonesta o engañosa. En una recientemente tesis publicada, razones irrazonables o irrelevantes para romper las negociaciones se discuten como posibles motivos de responsabilidad. (p. 76).

Como podemos apreciar, tanto en Noruega como en la mayoría de los países, el sistema de la CIC-RINP es un sistema difuso, confuso, poco elaborado y muy propenso a conectarse al sistema de responsabilidad extracontractual (aquiliana o de torts). Con ello vemos que la CIC no es una figura eficaz o eficiente, tanto doctrinaria como legislativamente hablando.

N. Países Bajos (Holanda)

Legislativamente hablando, el Código Civil de los Países Bajos (Netherlands)[535], menciona en el numeral 3:12:

[535] Código Civil de Países Bajos (CCPB), 1ro de enero de 1992. (Países Bajos).

> Artículo 3:12. La persona que celebra un contrato debe comportarse como un buen comerciante.

En cuanto a este numeral y su relación con el principio de la buena fe, Dobrila (2015) cree que este artículo es "relativo al principio de la razonabilidad y la equidad, establece que para determinar la razonabilidad y la equidad se debe tener en cuenta los principios jurídicos generalmente aceptados, los conceptos fundamentales de la ley en los Países Bajos y los intereses sociales y personales relevantes que están involucrados en la situación dada" (p. 4).

En la jurisprudencia holandesa, se ha destacado tres etapas en el proceso negociador, tal cual lo expone García y Otero (2010):

> En la primera fase, los negociadores pueden romper libremente su relación; en la segunda son todavía libres de hacerlo, pero a costa de indemnizar los gastos en los que hubiera incurrido la otra parte; finalmente, en la tercera, ya no existe libertad de ruptura. Esto sucede cuando la otra parte ha llegado a creer razonablemente que el contrato se celebrara, o cuando se dan otras circunstancias que convierten la ruptura en inaceptable, si bien es cierto que los tribunales son muy cautos a la hora de decidir que en un caso particular se ha llegado a este estadio. Por consiguiente, las negociaciones pueden llegar a una fase en la que ya no es lícito apartarse de ellas y, si eso se llega a hacer, el causante de la ruptura incurre en responsabilidad, cuyas consecuencias pueden alcanzar el llamado interés contractual positivo. Incluso el tribunal puede obligarle a continuar las negociaciones y, según una parte de la doctrina holandesa, también a celebrar el contrato. (p. 38).

Por su parte, en los Países Bajos si bien es cierto no existe una tipificación legislativa de la responsabilidad precontractual en los códigos civiles, los tribunales usan el principio de la RINP para brindar daños de acuerdo a cuán avanzadas estén las negociaciones, de modo que pudiera resarcirse el interés negativo o de confianza en tanto las negociaciones estén en ciernes, pero si la ruptura se produce contemporáneamente a la conclusión del contrato entonces el interés positivo o de cumplimiento pudiera ser materia resarcitoria. (Tomas Martínez, 2010, p. 192).

Entonces, en el derecho holandés no existe una obligación de negociar de buena fe en el Código Civil de 1992; sin embargo, existe un caso que puede explicar la filosofía de la RINP.

El caso es *Plas v. Valburg*, HR June 18, 1982, NJ 1983, es un caso emblemático porque la empresa Plas entra en negociaciones con la municipalidad del pueblo de Valburg para la construcción de una piscina. Mientras que al principio el alcalde estuvo de acuerdo con los planes y generó la confianza de la empresa, aún quedaba por definir la aprobación del Consejo en

conjunto. Lo interesante de este caso es que la Corte habla de tres etapas en el proceso de negociación, tal vez en respuesta a la pregunta sobre el caso comentado en el derecho francés anterior.

Tales etapas van desde una negociación en una etapa inicial (donde las partes pueden quebrar las negociaciones sin incurrir en responsabilidad), pasando por una etapa o intermedia (donde la parte promitente tiene la obligación de compensar los gastos incurridos por la parte promisoria), y una tercera etapa (en el cual la parte que se sustrae de las negociaciones puede cubrir el lucro cesante, o sea el interés positivo, y se estima que lo hace en quebrantamiento de buena fe) (Kottenhagen. 2006, p. 83-84).

Una observación en el sistema holandés, que en realidad es una buena idea, es que ante una demanda planteada por RINP, las cortes invitan a mediar o conciliar, por cuanto el "strict performance", o sea la actuación estricta, resulta improbable, toda vez que las partes ya rompieron las negociaciones (Kottenhagen. 2006, p. 83-84).

O. Portugal

Por su parte, el Código Civil Portugués en su artículo 227 especifica bajo el concepto de culpa en la formación de los contratos[536]: "1. Quien negocia con otro para la celebración de un contrato debe, tanto en los preliminares como en la formación del mismo, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de ser responsable de los daños que culpablemente cause a la otra parte. 2. La responsabilidad prescribe en los términos del artículo 498."

Ahora bien, la naturaleza jurídica de este numeral, es decir, si esta figura de responsabilidad precontractual es subsumida en el sistema contractual o extracontractual, la doctrina portuguesa ha creado una tercera versión que abraza a ambos sistemas de manera paralela. Así, Moura Vicente (2009) señala:

> Siendo así, las normas materiales que disciplinan la responsabilidad precontractual en los diferentes ordenamientos jurídicos locales son en unos casos calificables en las reglas de conflictos sobre las obligaciones contractuales y en otros en las que disciplinan la responsabilidad extracontractual.
>
> Significa esto que no existe en el Derecho Internacional Privado vigente en Portugal un estatuto unitario de la responsabilidad precontractual. La ley aplicable a la

[536] Código Civil portugués (CCP), §227, promulgado el 1ro de junio de 1967, con enmiendas del año 1962 (Portugal).

> responsabilidad precontractual tanto puede ser la que es designada por las reglas de conflictos atinentes a la responsabilidad contractual como la indicada por las reglas de conflictos que disciplinan la responsabilidad extracontractual. Todo depende, por un lado, del contenido y de las funciones desempeñadas por las normas materiales que regulan la responsabilidad precontractual en los ordenamientos jurídicos conexos con la situación de la vida a regular, y, por otro, de la susceptibilidad de sumisión, en el caso concreto, de esas normas a las reglas de conflictos que, en el Estado del foro, regulan tales materias. (p. 253).

Ahora bien, Moura Vicente (2009) también explica el sistema por el cual la responsabilidad precontractual es algunas veces contractual y otras extracontractual o aquiliana:

> En conformidad, si los daños *in contrahendo* resultan de la violación de *deberes específicos de conducta,* que vinculan las partes en la negociación y conclusión de contratos, los cuales integran una relación jurídica obligatoria análoga a la relación contractual (como sucede en Portugal, en Italia y en Alemania), las normas de la hipotética *lex causae* que prevean esos deberes y la obligación de indemnizar los daños consecuencia de su violación se califican en las reglas de conflictos que disciplinan las *obligaciones contractuales*.
> Si, al revés, los deberes jurídicos violados en los preliminares y en la formación de los contratos son *deberes generales,* que vinculan a cualquier persona (como es el caso, por ejemplo, de las normas alemanas que sancionan la *culpa in contrahendo* consistente en la violación de deberes de protección y de cuidado en esa fase del íter contractual y de las normas inglesas sobre la *fraudulent y la negligent misrepresentation),* las normas que los consagran deben ser calificadas bajo las reglas de conflictos reguladoras de la responsabilidad extracontractual *–máxime* el art. 45 del Código Civil, que en principio somete la responsabilidad fundada en acto ilícito, en el riesgo o en cualquier conducta lícita a la ley del Estado donde ocurrió la principal actividad causadora del perjuicio. (p. 253).

P. Rumania

En el anterior CC de Rumania de 1864, el principio de la buena fe no fue regulado como una regla general; sin embargo, la buena fe está expresamente regulado en el Nuevo CC de Rumania[537], artículo 14, párrafo 1, que señala:

> Artículo 14: Las normas jurídicas civiles deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los principios de buena fe, equidad y justicia social.

[537] Código Civil de Rumania (CCRum), 1 de octubre de 2011. (Rumania).

Asimismo, este artículo debe interpretarse a la luz del numeral 11 del CCRum que estipula que nadie puede derogar leyes de orden público o buenas morales por acuerdo o actos unilaterales[538].

Ahora bien, el numeral 1170 del CCRum estipula que la buena fe comprende la etapa contractual y la precontractual: "Las partes en un contrato deben actuar de buena fe en su negociación, celebración y ejecución." Asimismo, el numeral 1183 del CCRU manifiesta que "Las partes que participan en negociaciones deben actuar de buena fe."

Con respecto a estos artículos y su desenvolvimiento e interacción en la etapa precontractual, Dobrila (2015) piensa que la trascendencia de la buena fe es ambigua:

> El concepto de buena fe en las negociaciones es bastante confuso, también la forma en que se aplica efectivamente es bastante incierta y sin una forma real. Se afirma que aquellos involucrados en las negociaciones pueden ser sancionados por ciertos comportamientos de mala fe utilizados en las negociaciones (por ejemplo, el uso de negociaciones para producir un retraso o descubrir alguna información secreta en otro contexto), siendo todavía bastante difícil delinear lo que se acepta en relación con un estándar particular con respecto a la verdad. (p. 3)

De otra parte, en el tema referido a la naturaleza jurídica de esta responsabilidad basada en el quebrantamiento de la buena fe en la etapa prenegocial, Dobrila (2015) comenta que la responsabilidad descansa en la responsabilidad extracontractual (p. 6).

Q. Suecia

Este país, al igual que sus vecinos, no tiene un sistema independiente de responsabilidad precontractual, sino que el sistema indemnizatorio pasa por el de la responsabilidad extracontractual aquiliana. Ramberg and Herre (2009) concluyen en su análisis de casos suecos que: "uno puede hacerse responsable de los daños y perjuicios cuando engañar a otra parte con culpa (es decir, ya sea intencionalmente o descuidadamente" (p. 56).

[538] Cfr. Dobrilá, M. (2015). Unification Of Criteria for The Assessment of Good Faith in Negotiating Contracts: From National to International Through the Intercession of The European Experience. *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, No. 2, 1-10, p. 1.

R. Suiza

En el Código Civil Suizo[539], encontramos el numeral 2 que es pertinente al tema en cuestión:

> Artículo 2:
> 1.- Todo el mundo tiene en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de su obligación de actuar de buena fe.
> 2.- El aparente abuso de derecho no está protegido por la ley.

Por su parte, Loser (2009, p. 56) refiere que el Código Civil Suizo de Obligaciones de 1881 y el nuevo Código Civil Suizo (AGB) de 1912[540] así como el Código de Obligaciones de 1912 (OR)[541] tenían algunas normas que recogían la doctrina de Ihering, sobre todo referido a la responsabilidad de una parte actuando en error (OR 26), o por coerción o engaño (OR § 28, 29, con OR 31.III), o responsabilidad de un agente no autorizado (OR 39), o responsabilidad de un menor que alega ser capaz de concluir contratos (ZGB 411.II); sin embargo, no se recepta la CIC en la figura del RINP, como lo venimos analizando en cada país.

Por su parte, Lauer (1983) menciona que el Tribunal Federal Suizo ha dictaminado que una relación precontractual impone deberes de diligencia a las partes, incluido el deber de informar a la otra parte de hechos que podrían influir en su decisión de celebrar un contrato (p. 14). Asimismo, este autor cree que la "base dogmática" del deber de informar es el artículo 2, párrafo 1 del Código Civil suizo, que exige que todos actúen de buena fe en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes. Lauer (1983) sostiene que este artículo es aplicable también a la etapa precontractual (pp. 24-25)

Loser (2009), además, expone que el sistema de la CIC, a su modo de ver, no es extracontractual ni contractual, sino que tiene una naturaleza sui generis (p. 57). Esta aseveración, en realidad, es más que un buen deseo que una realidad palmaria, puesto que los proyectos de reforma del Código Civil Suizo, postulan incluir el sistema de Responsabilidad Precontractual de la CIC dentro de los parámetros de la responsabilidad extracontractual o de los torts. "En particular (expone Loser, 2010), este último tipo de responsabilidad basada en la confianza (*culpa in contrahendo* o responsabilidad de 'terceras personas') ha dado lugar a críticas contra el nuevo

[539] Código Civil Suizo (AGB), artículo 2. Adoptado el 10 de diciembre de 1907, en efecto desde el 1ro de enero de 1912. (Suiza).
[540] Código Civil Suizo (AGB). Adoptado el 10 de diciembre de 1907, en efecto desde el 1ro de enero de 1912. (Suiza).
[541] Código Suizo de Obligaciones. (OR). 1912. (Suiza).

concepto. Los críticos se oponen menos a la responsabilidad misma que a los fundamentos teóricos de la responsabilidad. Se argumenta que la responsabilidad (especialmente de 'terceras personas') debe basarse en el *tort* en lugar de que en un nuevo concepto entre responsabilidad extracontractual y contractual" (p. 59).

De esta manera, el autor Loser (2010) lo sentencia: "Cabe señalar que se ha llevado a cabo una reforma de la ley suiza de responsabilidad. Según el proyecto de reforma *culpa in contrahendo* y cualquier otra forma de responsabilidad basada en la confianza se integraría en la ley de daños" (p. 85).

Con esta sentencia concluimos que el sistema de responsabilidad precontractual, en la figura del RINP, esta entroncada y conectada con los *torts*, es decir, con el sistema de responsabilidad extracontractual, y pese a los buenos deseos de algunos autores, no es un sistema de responsabilidad sui generis, teóricamente hablando, puesto que se presta sus fundamentos teóricos de los postulados del sistema aquiliano o de los *torts* (responsabilidad extracontractual). Con ello, resulta que el sistema de la CIC no es un sistema muy eficiente desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial.

3.2. Breve aproximación a la regulación de la CIC en América Latina, Eurasia y Asia

3.3.2. Euroasia

A. Federación Rusa

Con respecto a la responsabilidad precontractual en la Federación Rusa cabe mencionar dos artículos de su Código Civil que es menester estudiar. Tenemos el artículo 434.1 y el artículo 431.2 del Código de la Federación Rusa (en adelante "CCFR") que a la letra dicen:

Artículo 434.1[542]:

> 1. A menos que la ley o el contrato dispongan lo contrario, los ciudadanos y las entidades jurídicas son libres de negociar un contrato, asumir independientemente los costes

[542] Código Civil de la Federación Rusa (CCFR), Artículo 434.1, N 51-FZ, 1993 (Federación Rusa).

asociados con su conducta y no son responsables del hecho de que no se haya llegado a un acuerdo.

2. Al entablar negociaciones sobre la celebración de un contrato, durante su desarrollo y después de su celebración, las partes están obligadas a actuar de buena fe, en particular, a no permitir la entrada en negociaciones sobre la celebración del contrato o su continuación en ausencia consciente de la intención de llegar a un acuerdo con la otra parte. Se asumen acciones inescrupulosas durante las negociaciones:

1) proporcionar a la parte información incompleta o inexacta, incluido el silencio sobre las circunstancias que, debido a la naturaleza del contrato, deben ponerse en conocimiento de la otra parte;

2) la terminación abrupta e injustificable de las negociaciones contractuales en circunstancias en las que la otra parte en las negociaciones no podría haberlo esperado razonablemente.

3. La parte que lleve a cabo o interrumpa las negociaciones sobre la celebración de un contrato de mala fe estará obligada a indemnizar a la otra parte por las pérdidas causadas por ello. Las pérdidas que debe compensar una parte sin escrúpulos son gastos incurridos por la otra parte en relación con la negociación del contrato, así como en relación con la pérdida de la oportunidad de concluir un acuerdo con un tercero.

4. Si, en el curso de la negociación de un contrato, una parte recibe información que le es transmitida por la otra parte como confidencial, está obligada a no divulgar esta información y a no utilizarla indebidamente para sus propios fines, independientemente de si el contrato se celebra o no. En caso de violación de esta obligación, debe compensar a la otra parte por las pérdidas causadas como resultado de la divulgación de información confidencial o su uso para sus propios fines.

5. Las partes podrán celebrar un acuerdo sobre el procedimiento para llevar a cabo las negociaciones. Dicho acuerdo podrá especificar los requisitos para las negociaciones de buena fe, establecer el procedimiento para prorratear los costes de las negociaciones y otros derechos y obligaciones similares. Un acuerdo sobre las modalidades de negociación puede establecer una sanción por violación de las disposiciones previstas en el mismo. Los términos del acuerdo sobre el procedimiento para llevar a cabo las negociaciones, limitando la responsabilidad por acciones desleales de las partes en el acuerdo, son nulos y sin efecto.

6. Las disposiciones previstas en los párrafos 3 y 4 del presente artículo sobre la obligación de una parte de indemnizar las pérdidas causadas a la otra parte no se aplicarán a los ciudadanos reconocidos como consumidores de conformidad con la legislación sobre protección del consumidor.

7. Las normas del presente artículo se aplicarán independientemente de que las partes hayan celebrado un contrato como resultado de negociaciones.

8. Las normas del presente artículo no excluirán la aplicación de las normas del capítulo 59 del presente Código a las relaciones derivadas del establecimiento de obligaciones contractuales.

> Artículo 431.2 del CCFR: Representaciones de circunstancias 1. Una parte que, en el momento de la celebración del contrato o antes o después de su celebración, haya dado a la otra parte falsas seguridades sobre las circunstancias pertinentes para la celebración del contrato, su ejecución o rescisión (incluidas las relacionadas con el objeto del contrato, la autoridad para celebrarlo, la conformidad del contrato con la ley aplicable, la disponibilidad de las licencias y permisos necesarios, su situación financiera o la relación con un tercero), está obligado a indemnizar a la otra parte, a petición suya, por las pérdidas causadas por la falta de fiabilidad de tales garantías, o a pagar la penalización prevista en el contrato.

Con respecto a la diferencia entre estos dos artículos, Demkina (2020) distingue entre el artículo 431.2 y el artículo 434.1, señalando que este último no requiere la celebración de un contrato para que surja la responsabilidad (p. 175).

Asimismo, existen otros artículos aledaños a estos dos vectores del CCFR. A saber, el artículo 307 se refiere al deber de ejecutar los contratos de buena fe, señalando:

> Artículo 307: El concepto de obligación
> 1. En virtud de una obligación, una persona (deudor) está obligada a realizar una determinada acción a favor de otra persona (acreedor), tales como: transferir bienes, realizar un trabajo, prestar un servicio, contribuir a actividades conjuntas, pagar dinero, etc., o abstenerse de una determinada acción, y el acreedor tiene derecho a exigir al deudor el cumplimiento de su obligación.
> 2. Las obligaciones nacen de contratos y otras transacciones, como resultado de causar daños, como resultado de enriquecimiento sin causa, así como de otros motivos especificados en este Código.
> 3. Al establecer, cumplir una obligación y después de su terminación, las partes están obligadas a actuar de buena fe, teniendo en cuenta los derechos e intereses legítimos de la otra, proporcionándose mutuamente la asistencia necesaria para lograr el propósito de la obligación, así como proporcionándose mutuamente la información necesaria.[543]

Ahora bien, si una parte ha actuado de mala fe, no podrá solicitar la resolución del contrato. Así lo expone el artículo 166 del CCFR:

[543] Similarmente, en el contexto de los Países Bajos, Kottenhagen menciona el concepto de "tener en cuenta los derechos e intereses de cada uno" durante las negociaciones precontractuales. (Kottenhagen, RJP. (2006). Freedom of Contract to Forcing Parties into Agreement: The Consequences of Breaking Negotiations in Different Legal Systems. *IUS Gentium Erasmus University Rotterdam, 12*, pp. 75-76).

> Artículo 166: Transacciones anulables y nulas: 5. La declaración de nulidad de una operación carecerá de efecto jurídico si la persona que invoca la nulidad de la operación actúa de mala fe, en particular si su comportamiento tras la conclusión de la operación dio lugar a que otras personas invoquen la validez de la operación.

En cuanto al principio de buena fe (subjetivo), o sea la creencia de actuar de manera correcta y honesta, podemos encontrarla en el numeral 51 del CCFR:

> Artículo 51 Registro estatal de personas jurídicas
> 1. Una persona jurídica estará sujeta al registro estatal en el organismo estatal autorizado en la forma prescrita por la ley sobre el registro estatal de personas jurídicas.
> 2. Los datos del registro estatal se incluirán en el registro estatal unificado de personas jurídicas, abierto al público. Una persona que confía de buena fe en los datos del Registro Estatal Unificado de Entidades Jurídicas tiene derecho a partir del hecho de que corresponden a las circunstancias reales. Una entidad jurídica no tendrá derecho, en relación con una persona que se basó en los datos del registro estatal unificado de entidades jurídicas, a referirse a datos no incluidos en el registro especificado, así como a la inexactitud de los datos contenidos en él, excepto en los casos en que los datos relevantes se incluyan en el registro especificado como resultado de acciones ilegales de terceros o de otro modo contra la voluntad de la entidad legal. Una entidad legal está obligada a compensar las pérdidas causadas a otros participantes en el volumen de negocios civil como resultado de la no presentación, la presentación extemporánea o la presentación de datos falsos al respecto al registro estatal unificado de personas jurídicas.

Por otro lado, como excepción del principio de la libre contratación[544] existe una circunstancia muy atinente a la etapa precontractual, donde el orden público interviene para

[544] El principio de la libre contratación viene dispuesto por el numeral 421 del CCFR que dispone: Artículo 421 del Código Civil de la Federación de Rusia. Libertad contractual
1. Los ciudadanos y las personas jurídicas tendrán libertad para celebrar un contrato. No se permitirá la coacción para celebrar un contrato, excepto en los casos en que la obligación de celebrar un contrato esté prevista en el presente Código, la ley o una obligación asumida voluntariamente.
2. Las partes podrán celebrar contratos, tanto previstos como no previstos por la ley u otros actos jurídicos. A falta de las características especificadas en el párrafo 3 del presente artículo, las normas sobre ciertos tipos de contratos previstas por la ley u otros actos jurídicos no se aplicarán a un contrato no previsto por la ley u otros actos jurídicos, lo que no excluye la posibilidad de aplicar las normas sobre la analogía jurídica (párrafo 1 del artículo 6) a determinadas relaciones de las partes en el contrato.
3. Las partes podrán celebrar un contrato que contenga elementos de diversos contratos previstos por la ley u otros actos jurídicos (contrato mixto). Las relaciones de las partes en virtud de un contrato mixto se aplicarán en las partes pertinentes de las normas contractuales cuyos elementos figuren en el contrato mixto, salvo que del acuerdo de las partes o del contenido del contrato mixto se desprenda otra cosa.
4. Los términos del contrato se determinarán a discreción de las partes, excepto en los casos en que el contenido de la condición pertinente esté prescrito por la ley u otros actos jurídicos (artículo 422). En los casos en que una condición del contrato esté prevista por una norma aplicable en la medida en que el acuerdo de las partes no establezca otra cosa (norma dispositiva), las partes podrán, mediante su acuerdo, excluir su aplicación o establecer una condición distinta de la prevista en él. En ausencia de tal acuerdo, el término del contrato está determinado por la regla dispositiva.
5. Si una cláusula del contrato no está determinada por las partes o por una norma dispositiva, las condiciones pertinentes se determinarán por los usos aplicables a las relaciones de las partes.

determinar ciertas etapas precontractuales obligatorias conducentes a la celebración de un contrato, así tenemos el numeral 445 del CCFR[545] que señala:

> Artículo 445. La celebración del contrato es obligatoria
>
> 1. En los casos en que, de conformidad con este Código u otras leyes, la celebración del contrato sea obligatoria para la parte a la que se envía la oferta (proyecto de contrato), esta parte debe enviar a la otra parte un aviso de aceptación, rechazo de aceptación o aceptación de la oferta en otros términos (protocolo de desacuerdos con el proyecto de contrato) dentro de los treinta días posteriores a la fecha de recepción de la oferta. La parte que envió la oferta y recibió de la parte para la cual la celebración del contrato es obligatoria, un aviso de su aceptación en otros términos (protocolo de desacuerdos al proyecto de contrato), tiene derecho a remitir los desacuerdos que surgieron en la celebración del contrato al tribunal dentro de los treinta días posteriores a la fecha de recepción de dicha notificación o la expiración del período de aceptación.
>
> 2. En los casos en que, de conformidad con este Código u otras leyes, la celebración de un contrato sea obligatoria para la parte que envió la oferta (proyecto de contrato), y se le enviará un protocolo de desacuerdos con el proyecto de contrato dentro de los treinta días, esta parte está obligada a notificar a la otra parte dentro de los treinta días a partir de la fecha de recepción del protocolo de desacuerdos sobre la aceptación del contrato en su redacción o sobre el rechazo del protocolo de desacuerdos. Si se rechaza el protocolo de desacuerdos o no se recibe la notificación de los resultados de su consideración dentro del período especificado, la parte que envió el protocolo de desacuerdos tiene derecho a remitir los desacuerdos que surgieron al concluir el contrato al tribunal para su consideración.
>
> 3. Se aplicarán las normas sobre los plazos previstos en los apartados 1 y 2 del presente artículo, a menos que la ley, otros actos jurídicos o las partes acuerden otras condiciones.
>
> 4. Si una parte para la cual la celebración de un contrato es obligatoria de conformidad con este Código u otras leyes impide su celebración, la otra parte tendrá derecho a solicitar al tribunal que la obligue a celebrar un contrato. En este caso, el contrato se considera celebrado en los términos especificados en la decisión judicial, desde el momento en que la decisión judicial pertinente entra en vigor. Una parte que evite injustificadamente la celebración de un contrato debe compensar a la otra parte por las pérdidas causadas por esto.

[545] Código Civil de la Federación Rusa (CCFR), Artículo 445, N 51-FZ, 1993 (Federación Rusa).

Como vemos, al igual que el Digesto, el principio de buena fe recorre las arterias del derecho civil ruso. Demkina (2020) sostiene que el artículo 1080 del Código Civil ruso[546] puede ser aplicable en los casos en que se causen daños a la propiedad durante las negociaciones.

Asimismo, Demkina (2020) realiza un análisis de la CIC a partir de la interacción de la buena fe con su contraparte, el engaño y la mala fe. Esta equiparación conlleva a estudiar la mala fe en un espectro equiparable a la misrepresentación o falsedad. Así, menciona específicamente que proporcionar información incompleta o inexacta se considera mala fe (p. 88), analiza la importancia de proporcionar información precisa durante las negociaciones y las consecuencias de proporcionar información falsa o incompleta (pp. 100, 101), y finalmente cree que la "Institución de nulidad de transacciones" es conocido por el legislador ruso, y que esto incluye casos de "engaño", tal cual sucede con las tergiversaciones (p. 159).

Como vemos, la culpa in contrahendo y la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (*dolo in contrahendo* y ruptura *maliciosa* de negociaciones preliminares) queda notoriamente entroncada, con la misrepresentación del *common law*, tal cual lo estudiaremos en el capítulo IV.

B. Turquía

El numeral 1102 del Código Civil Turco (CCT) menciona: "La persona que, en el curso de las negociaciones para la celebración de un contrato, cause daños culposos a la otra parte está obligada a indemnizar a esa parte por el daño".

Por su parte, el Código de Obligaciones Turco (COT) estipula en los numerales 46 y 47 los siguiente con respecto al agente sin autorización.

> Artículo 46: Si una persona realiza una acción legal como representante sin estar autorizada, esta acción obliga a la persona representada solo si la aprueba.
>
> Artículo 47: En caso de que el representante no apruebe expresamente o implícitamente la transacción legal, el representante no autorizado puede ser requerido para compensar el daño que resulte de la invalidez de esta transacción. Sin embargo, si el representante no autorizado

[546] Artículo 1080 del Código Civil de la Federación de Rusia (versión actual).
Responsabilidad por daños causados conjuntamente Las personas que hayan causado conjuntamente daños serán responsables solidariamente frente a la víctima. A petición de la víctima y en su interés, el tribunal tendrá derecho a imponer responsabilidad a las personas que hayan causado conjuntamente el daño, determinándolas en relación con las normas previstas en el párrafo 2 del artículo 1081 del presente Código. Una persona que tomó posesión ilegalmente de la propiedad de otra persona, que posteriormente fue dañada o perdida como resultado de las acciones de otra persona que actúa independientemente de la primera persona, es responsable del daño causado. Esta norma no exime al causante directo del daño de una indemnización por el daño.

prueba que la otra parte sabía o debería haber sabido que no estaba autorizado en el momento de la transacción, no se le puede pedir que indemnice por el daño.

También se pueden solicitar otros derechos al representante no autorizado defectuoso si están justificados.

Se reservan los derechos derivados del enriquecimiento injusto.

Por su parte, Yelmen (2015) discute la teoría de la agencia sin autorización como una representación de la teoría de la culpa in contrahendo, pero sustentada en la teoría de la confianza (pp. 10-12). Asimismo, piensa que la responsabilidad *in contrahendo* surge a partir del fracaso del representante de cumplir sus funciones de informar y actuar de manera honesta y de buena fe. (pp. 10-11). Como vemos, al incorporar el elemento buena fe, de todas formas la alusión a la culpa desaparece para dar paso a la probanza de la mala fe o dolo.

De otra parte, Yildirim (2002) analiza el concepto de "hile" ("engaño" o "fraude") y de "irade fesadı" (traducido como "vicio de voluntad" o "defecto de voluntad") que son conceptos relacionados; y estudia el concepto de "arglistige Taeuschung", que se traduce como "engaño malicioso" o "misrepresentación fraudulenta" (pp. 7-8). Piensa que el concepto de "hile" (engaño en la ley turca) está vinculado las falsedades o misrepresentaciones (pp. 7 y ss.).

Por otro lado, Gurpinar (2006) asemeja la honestidad con la buena fe (p. 88), y menciona el concepto de "dürüstlük" (traducido como "honestidad" o "buena fe") (p. 120). Esta honestidad exige que las partes revelen información entre sí y que deben evitar dar información falsa. Esto sugiere que la buena fe es un aspecto importante de la culpa in contrahendo. (pp 163-165). De igual manera, este autor trata de ligar el concepto de "diligencia" con el de brindar información a la otra parte contratante[547].

Ahora bien, Yildirim (2002) también menciona un concepto de "engaño negligente", que puede dar lugar a una reclamación de una indemnización o rescindir el contrato. (página 146) En el capítulo IV de esta obra veremos cómo la *misrepresentación* puede tener dos naturalezas

[547] En cuanto a la importancia de la diligencia en el contexto de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, en concreto, Gurpinar cree que "la medida de la culpa es objetiva" y que quien proporciona la información está obligado a mostrar un alto nivel de diligencia si entiende que el destinatario utilizará la información para tomar decisiones importantes (Gurpinar, D. (2006). *Responsabilidad jurídica derivada de no realizar consejos, consejos o información incorrectos anticontractuales.* Esmir-Turkia: Gursel Sengun, pp. 112-113).

dependiendo del prisma con el que se le observe. Puede ser contractual[548], cuando la falsedad se asienta sobre una base material (no necesariamente fraudulenta), que puede lugar a la rescisión del contrato, y otra esfera extracontractual (torts)[549] enancada en una falsedad fraudulenta y material, en cuyo caso la tergiversación daría lugar a una indemnización por daños.

Finalmente, Yildirim (2002), analizando la culpa in contrahendo, menciona "sözleşme yapmaya sevketmekten", que se traduce como "inducir a celebrar un contrato". Lo que implica que las tergiversaciones están vinculadas a la figura del misrepresentation. (página 246), analizando cómo "hile hükümleri esas itibariyle culpa in contrahendo sorumluluğunun ve dolayısıyla sözleşmenin müspet ihlalinin özel bir düzenlemesidir" (traducido: "las disposiciones de fraude son esencialmente un acuerdo especial de *culpa in contrahendo* responsabilidad y, por lo tanto, una violación positiva del contrato"). (p. 218).

Con ello queda demostrada la vinculación de la figura de la CIC del derecho turco con la figura del *mirsepresentation* del *common law*.

3.2.3. Asia

A. China

El tratadista Han (2014) nos explica que el tema de la CIC está poco tratado en China pero que parcialmente ha sido acogido, y que puede ser un ejemplo para otros países como Korea del Sur o Japón, que están en proceso de regularla (p. 158, 170).

Los numerales 42 y 43 de la Ley de Contratos de la República Popular China[550] dicen:

> Artículo 42
>
> En el curso de las negociaciones, la parte que cae en cualquiera de las siguientes circunstancias, causando así pérdidas a la otra parte, será responsable de las pérdidas:
>
> (1) pretender celebrar un contrato y negociar en mala fe;
>
> (2) ocultar deliberadamente hechos importantes relacionados con la celebración de contratos o suministro de información falsa; o
>
> 3) realizar cualquier otro acto contrario al principio de buena fe.
>
> Artículo 43

[548] Sección 161(b) del Segundo Restatement de Contrato, [SRC], 1981. (EE.UU.)
[549] Sección 551(1) del Segundo Restatement de Torts (SRT). 1965-1979. (EE.UU.)
[550] Ley de Contratos de la República Popular China. [LCC]. Art. 42. marzo 15, 1999. (China).

> Ninguna de las partes podrá divulgar o utilizar indebidamente secretos comerciales obtenidos en el curso de la celebración de un contrato, no importa si el contrato está establecido o no. La parte que divulgue o utilice indebidamente dichos secretos comerciales, causando así una pérdida a la otra parte será responsable de la pérdida.
>
> Artículo 58
>
> Los bienes adquiridos como resultado de un contrato se devolverán después de que se confirme que el contrato es nulo y nulo o ha sido revocado. Donde la propiedad no puede ser devuelto o la devolución es innecesaria, se reembolsará a su precio estimado. La parte culpable indemnizará a la otra parte por pérdidas incurridas como resultado de la culpa. Si ambas partes son culpables, ambos asumirán sus respectivas responsabilidades

Como podemos apreciar, la incorporación de la CIC al sistema normativo chino tuvo como preludio la antigua Ley de Contratos Económicos (1981) y la de los Principios del Derecho Civil (1986) que aceptaron parcialmente la idea de culpa en contrahendo[551].

Es necesario destacar el numeral 42 inciso primero que repudia las negociaciones de mala fe. Como lo veremos en el capítulo II, la mala fe (opuesta al principio de buena fe que se presume, tal cual el Digesto lo postula), es sinónimo de dolo o fraude, que debe probarse. Según el Digesto, y esto lo veremos en profundidad en el próximo capítulo, la mala fe no es sinónimo de negligencia, sino es el opuesto a la buena fe y concomitante con el fraude o el dolo. Con ello queda demostrado que el RINP (vertiente de la CIC) no es en realidad una ruptura "injustificada" de negociaciones preliminares, sino una ruptura "de mala fe" o "maliciosa" de negociaciones preliminares, con las consecuencias legales que los numerales siguientes de la Ley en cuestión prodigan.

Por su parte, Kovac (2019) hizo memoria con respecto al "antiguo numeral 61 de los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular China (GPCL) que estipulaba que la parte que era culpable debía compensar las pérdidas de la otra si el acto jurídico era nulo o ineficaz." (p. 12) y luego continuó:

> Además, el moderno Código Civil de la República Popular China (CLC) contiene cuatro disposiciones para cuatro circunstancias diferentes en las que las partes contractuales pueden ser responsables en la etapa precontractual. Estas condiciones son: a) negociar de mala fe con el pretexto de celebrar un contrato; b) ocultar deliberadamente un hecho importante relacionado con la conclusión del contrato o proporcionar deliberadamente

[551] Cfr. Han, S. (2014). Culpa In Contrahendo in Chinese Contract Law. *Tsinghua China Law Review, Vol. 6:157, pp. 158-170*, p. 158).

información falsa; c) divulgar o explotar indebidamente secretos comerciales; y d) otras actividades posibles que puedan violar el principio de buena fe. (p.12).

Asimismo, apreciamos que el tema de la buena fe viene incorporado en el sentido negativo de evitar normativamente actos de "mala fe", con la consecuente carga probatoria a la parte actora que deberá demostrar la mala fe, o sea el dolo o fraude (el engaño).

B. Israel

El tema de la responsabilidad precontractual en este país arranca de su compaginación legislativa en la Ley General de Contratos, parte general, de 1973, que en su sección 12, intitulada "buena fe en las negociaciones" extendió "claramente a la fase precontractual el deber de las partes de proceder conforme a la buena fe" (Bianchi, 2015, p. 112), y dispone:

> a) Al negociar un contrato, una persona debe actuar de manera habitual y de buena fe.
> (b) La parte que no actúe de manera habitual y de buena fe será responsable de pagar una indemnización a la otra parte por el daño causado a la otra parte como consecuencia de las negociaciones o de la celebración del contrato, y se aplicarán mutatis mutandis las disposiciones de los artículos 10, 13 y 14 de la Ley de Contratos (Remedios por Incumplimiento de Contrato) de 1970."[552]

Ahora bien, Bianchi (2015) continúa y explica que el concepto de buena fe en el entorno legislativo que nos convoca no puede ser definido apriorísticamente y requiere una contexturización acorde al caso en concreto (p. 113), y culmina indicando que "Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Israel, las partes en la fase precontractual no deben comportarse como unos angelitos, pero tampoco como lobos" (p. 113).

Por su parte, Cohen (2009) al analizar algunos casos de la Corte Suprema expresa su preocupación por la "incertidumbre e imprevisibilidad" (p. 429), y expresa su esperanza de que las reglas de la buena fe gradualmente se tornen en un grupo de reglas más definidas y útiles (p. 430).

[552] Cfr. Lupini Bianchi, L. (2014). *La responsabilidad precontractual en l derecho comparado moderno y en Venezuela (Tratos preliminares, cartas de intención, minutas, formación progresiva del contrato, precontratos y las patologías de la fase precontractual a la luz del principio de la buena fe).* Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 113) y también Cohen, N. (2009). From the Comon Law to the Civil Law: the experience of Isarel. En Cartwright y Hesselink (directores), *Precontractual Liability in European Private Law* (pp. 398-430). Cambridge University Press, p. 400).

3.2.3. Sudamérica.

A. Argentina

El numeral 1198 del CC argentino (CCA)[553] estipula que los contratos deben celebrarse de acuerdo a las reglas de la buena fe: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión."

Esta norma ha sido motivo de numerosos quebraderos de cabeza porque el numeral está enmarcado dentro del sistema de responsabilidad contractual, y por otro lado se lo pretende encuadrar dentro de la responsabilidad precontractual, con lo cual genera una duda con respecto a la naturaleza de este numeral y de la figura de la responsabilidad precontractual. Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) piensan que "ello deja dudas acerca de cuál es el encuadre de esta responsabilidad, ya que el artículo 1198 es una norma típica del ámbito contractual." (p. 128) y luego añaden: "No podemos dejar de señalar nuestras dudas sobre la ubicación de la responsabilidad precontractual en el ámbito de la normativa extracontractual." (p. 129)

Con respecto a esta duda de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) piensan que se debe encuadrar dentro del sistema contractual, del que está "ontológicamente vinculado" (p. 129), ya que "lo precontractual no tiene nada que lo relacione con lo ilícito extracontractual y, por ende, la recurrencia al principio de no daña a otro que se manifieste en el artículo 1109 del Código Civil no puede llevarnos a ubicar esta problemática precontractual en el ámbito extracontractual" (p. 130).

En tal sentido Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) recomiendan utilizar las normas generales de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones para tratar los temas de responsabilidad precontractual (p. 130).

Ahora bien, en el Derecho Argentino, a raíz de la vigencia de la Ley 17.711, se implantaron sendas presunciones con respecto a la culpa, así Moisá (2014) lo señala:

> En el Derecho positivo argentino, en la responsabilidad por incumplimiento obligacional definitivo o temporal, de los artículos 513 y 509 *in fine* -texto según Ley 17.711 - del Código Civil, se desprenden sendas presunciones *iuris tantum* de culpa en contra del deudor.

[553] Código Civil Argentino (CCA), promulgado el 25 de septiembre de 1869. (Argentina).

> En la responsabilidad por actos ilícitos: en principio, la culpa debe ser probada (artículos 1109 y 1067, Código Civil); por excepción, el Código de Vélez Sarsfield -luego de la reforma introducida por la Ley 17.711- establece un sistema de presunciones de culpa: a) una presunción absoluta -*iuris et de iure*- (artículo 1113, párrafo 1); b) una presunción relativa -*iuris tantum* - (artículo 1113, párrafo 2, parte 1); y c) una presunción agravada -la prueba en contrario está limitada a la culpa de la víctima, de un tercero o al *casus*- (artículo 1113, párrafo 2, parte 2). (pp. 184-185).

Brevemente vamos a navegar por los textos de estos numerales para entender la aproximación de Moisá (2014), al amparo de la Ley 17.711[554] que reformó el Código Civil Argentino:

> Artículo 509 - Código Civil. En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora.
> Artículo 513: El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuanto éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa.
> Artículo 1109 del CC argentino: Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil. Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro.[555]
> Artículo 1067 del CC argentino: No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.
> Artículo 1113: La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.
> En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.
> Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.[556]

[554] Ley 17.711 de reforma del Código Civil de Argentina (L. 17.711), 22 de abril de 1968.
[555] Con respecto a este numeral 1109, Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) mencionan: "Si bien la responsabilidad precontractual carece de específica base legal, debe estarse a los principios generales previstos por los artículos 1109 y concordantes del Código Civil en los casos en que no se llega a la perfección de un convenio por haberse retirado de las tratavisas alguno de los negociadores y el otro sufrido un perjuicio con motivo de la ruptura." (p. 128)
[556] A esta lista de artículos habría que añadir otros cuantos que, al decir de Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) están vinculados con la doctrina de la CIC en Argentina (p. 282). Tenemos los siguientes numerales del CC argentino:

Por su parte, Leiva Fernández (2002) reproduce el debate dicotómico de la responsabilidad precontractual en el derecho argentino considerando el plazo prescripto tío si es que se reconduce a la responsabilidad contractual con la extracontractual. Mientras que el numeral 4023 del CC argentino (CCA) estipula 10 años, el numeral 4037 especifica que son dos años para la teoría extracontractual.

En efecto, el artículo 4023 del CCA estipula:[557]

> Artículo 4023: Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátese de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor.
>
> Mientras que el numeral 4037 del CCA dice:
>
> Artículo 4037. Prescríbese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual.

Leiva (2002) continúa aclarando su posición con respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual:

> En este caso una de las partes del futuro contrato adultera la· realidad (dolo positivo) o la oculta a la otra parte (dolo negativo) de suerte que la ignorancia de lo false o el conocimiento de lo verdadero hubieran llevado al otro negociante a celebrar el contrato.
> Destaco que este dolo difiere del que acarrea la nulidad del contrato celebrado -que también origina responsabilidad precontractual- pues acá la aserción u omisión dolosa evita la celebración del contrato. (p. 103).
> La naturaleza de la responsabilidad precontractual es múltiple. Extracontractual en los supuestos de ruptura de tratativas y de nulidad del contrato. Contractual en los casos de vicisitudes de la oferta y la aceptación, y en el de promesas aceptadas de contratos reales en los que no se efectuó la tradición. (p. 104).

Finalmente, Leiva Fernández (2002) explica que el dolo debe ser incorporado en casos de responsabilidad precontractual: "Corresponde incorporar a los casos de responsabilidad

Art. 1.071. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.
Art. 907. Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido.

[557] Código Civil Argentino (CCA), promulgado el 25 de septiembre de 1869. (Argentina).

precontractual por ruptura intempestiva de las negociaciones a los supuestos de dolo sufrido por quien rompe las tratativas." (p. 104).

Por otra parte, en cuanto se refiere a una de las vertientes de la CIC (deber de informar), como lo veremos en el capítulo II, está ligado al tema de la defensa de los consumidores. En el caso de Argentina, tenemos la Ley 24240[558] que, al decir de Mosset Iturraspe y Piedecasas (2006)

> La Ley 24.240 tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios, la protección del consumidor (personas que aprovechan un bien o servicio, a título onerosos, para sí, sus familiares o dependientes) en el mundo de los negocios, y fija normas respecto a la información del consumidor y protección de su salud, a las condiciones de la oferta y la demanda, a la prestación de servicios, a los usuarios de servicios públicos domiciliarios y a todo lo concerniente con la defensa de los derechos del consumidor. (p. 45).

En este sentido, es necesario destacar algunos numerales de la Ley 24240:

> Artículo 4º — Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.
> La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.[559]
> Artículo 5º — Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.
> ARTICULO 6º — Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.
> En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.

[558] La Ley 24240 de Defensa del Consumidor de Argentina (L. 24240) sancionada el 22 de septiembre de 1993 y promulgada el 15 de octubre de 1993.
[559] Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.250 B.O. 14/6/2016. Conforme pedido formal recibido por Nota de la Comisión de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. El texto original del primigenio numeral 4 se puede apreciar en la página 297 del texto de Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014): "Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas e presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos."

B. Brasil

El anterior Código Civil de Brasil del 1ro de enero de 1916 no tiene una alusión directa a la responsabilidad precontractual en sus artículos 1079-1091 que reglamentaron la oferta y la aceptación.[560]

El nuevo Código Civil de Brasil[561], vigente desde el 10 de enero 2002, trata este tema de la responsabilidad precontractual en su Título V del Libro I de la «Parte especial», Capítulo I, una Sección (II) sobre la "formación de los contratos"; artículos 427 a 435, en especial su numeral 422 señala:

> Artículo 422. Los contratantes están obligados a guardar, tanto en la celebración del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe.

Por su parte, la Ley de 11 de septiembre de 1990, referente a la defensa y protección del consumidor, regula en sus numerales 30 a 38 los deberes del empresario relativos a la información y a la publicidad.[562]

Ahora bien, el numeral 145 del Código Civil Brasileño claramente se refiere a un tema de misrepresentation que se vincula a la teoría de la CIC[563]. Dicho numeral especifica: "Si, antes de la conclusión del contrato, una de las partes induce a error a la otra mediante declaraciones o maniobras engañosas, el contrato es anulable."[564]

Para Nunes Fritz (2018, p. 478) este numeral señala que el "Dolusfigur" (figura del engaño) del artículo 145 del Código Civil brasileño es un "caso de culpa in contrahendo legalmente regulado", y que se refiere a la violación intencionada de obligaciones de información antes de celebrar un contrato.

---

[560] De Ángel Yágüez, R. (2010). Lealtad en el periodo precontractual. Estudios Monográficos ADC, tomo LXIII, fasc. II, pp. 575-636. Recuperado de file:///C:/Users/William/Downloads/Dialnet-LealtadEnElPeriodoPrecontractualLaConductaDeLasPar-3347230%20(2).pdf [Consulta 20 de Agosto de 2023], p. 586).

[561] Código Civil de Brasil (CCBra), art. 422, 1ro de enero 2002 (Brasil).

[562] De Ángel Yágüez, R. (2010). Lealtad en el periodo precontractual. Estudios Monográficos ADC, tomo LXIII, fasc. II, pp. 575-636. Recuperado de file:///C:/Users/William/Downloads/Dialnet-LealtadEnElPeriodoPrecontractualLaConductaDeLasPar-3347230%20(2).pdf [Consulta 20 de Agosto de 2023], p. 586.

[563] Sobre el tratamiento de la CIC y su vinculación a la figura del misrepresentation del common law, remitimos al lector al capítulo III.

[564] Código Civil de Brasil (CCBra), art. 145, 1ro de enero 2002 (Brasil).

C. Bolivia

Mientras tanto, el artículo 465 del Código Civil Boliviano establece la obligación de negociar de buena fe en la etapa precontractual[565]: "En los tratos preliminares y en la formación del contrato las partes deben conducirse conforme a la buena fe, debiendo resarcir el daño que ocasionen por negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causales que invaliden el contrato."

D. Colombia

Por su parte, el artículo 863 del Código de Comercio de Colombia estipula la obligación de las partes contratantes de actuar de buena fe y sin culpa durante las negociaciones precontractuales y provee que el incumplimiento de esta disposición causará responsabilidad en la parte culpable (Gil-Walin, 2007: 14), de la siguiente forma: "Las partes deberán proceder de buena fue exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen."[566]

E. Chile

Los artículos que interesan con respecto al tratamiento del CC chileno[567] sobre el tema de la responsabilidad precontractual son, entre otros:

> Artículo 44: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.
>
> Artículo 706: La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.
>
> Artículo 707: La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.
>
> En todos los otros la mala fe deberá probarse.

[565] Código Civil Boliviano (CCB), Aprobado por DL 12760, §465, 06 de agosto de 1975. (Bolivia).
[566] Código de Comercio de Colombia, Decreto 410, §863, 1971 (Colombia).
[567] Código Civil de Chile (CCCh), 14 de diciembre de 1855 (Chile).

> Artículo 2284. Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.
>
> Artículo 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Ahora bien, San Martín Neira (2013) refiere que el sistema precontractual es catalogado de extracontractual por el grueso de la doctrina (p. 321).

F. Paraguay

El numeral 689 del CC de 1985[568] expone: "En el Desarrollo de las negociaciones en la formación del contrato deben las partes comportarse de acuerdo a la buena fe." Mientras que en el numeral 690 se dispuso: "La parte que conociere o debiere conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato y no hubiere dado noticia de ello a la contraparte, será obligada a resarcir este daño que causa por negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causas invalidantes del contrato."

Por su parte, el numeral 690 del CC de Paraguay aclara: "La parte que conociendo, o debiendo conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiere dado noticia de ella a la otra parte, será obligada a resarcir a ésta el daño que sufriese por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato".

En el mismo sentido, Guevara Porlles (2017) analiza la sentencia casatoria afirmando que la renta (merced conductiva) no fue un punto de concordancia y ante dicha discrepancia, la ruptura de negociaciones estaba justificada: "Ante ello, respecto a la demandada, no se podría plantear que su apartamiento fue injustificado y, por ende, antijuridico, pues es razonable que ante un desacuerdo ante un elemento tan transcendental como la merced conductiva se busque una oferta adecuada a sus necesidades y expectativas." (p. 112). Y en cuanto al análisis de los correos ofrecidos por la demandante prodigados por el banco, Guevara (2017) sentencia:

[568] Código Civil de Paraguay [CCPa], art. 689. 23 de diciembre de 1985 (Paraguay).

> La misiva de desocupación del predio cursada por la actora a la primera arrendataria [CARSA] no puede acreditar grado de vinculación que merezca ser indemnizable, pues ésta era presupuesto propio del contrato a celebrar (arrendamiento), ya que configura deber del futuro arrendador cumplir con condiciones y requisitos conducentes a la celebración del contrato. Tampoco puede entenderse este comportamiento como inicio de ejecución, pues la carta fue cursada con anterioridad a los períodos formativos de oferta y aceptación. (p. 114).

De igual forma, Ramírez Izaguirre y Roca Mendoza (2017) concuerdan con estos postulados: "Al no haberse puesto de acuerdo la señora y el BCP en la renta del arrendamiento, elemento importante de dicho contrato, no se habría realizado el consentimiento y, por ende, no habría contrato que incumplir." (p. 177)

G. Perú

Dentro del Libro VII referido a la Fuente de las Obligaciones, sección primera (contratos en general), y Título I (disposiciones generales), encontramos el numeral 1362 que dice:

> Artículo 1362.- Buena Fe[569]
> Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Como se puede observar, este numeral es un reflejo del numeral 1337 del Código Civil italiano[570] que decía: "las partes, en la conducción de las negociaciones y la formación del contrato, se comportarán de buena fe."[571]

Como vemos, en el Código Civil Peruano, la doctrina de la CIC ingresa a su normatividad a través de la apertura al elemento "buena fe" en la etapa de las negociaciones contractuales. La doctrina peruana ha dedicado innumerables horas tratando de descifrar el misterio de la buena fe en la etapa negocial. Así, por ejemplo, De La Puente y Lavalle (2007) discernió dos sentidos de la buena fe, tanto objetiva como subjetiva, en el siguiente sentido:

[569] Código Civil de Perú [CCPe], art. 1362. 24 de julio de 1984 (Perú).
[570] De la misma manera, Buendía de los Santos (2016) vincula ambos artículos a la luz de la teoría de Faggella (pp. 191-192).
[571] Código Civil italiano (CCI), art. 1337, 16 de marzo 1942 (Italia).

> Si examinamos estos dos sentidos del concepto de buena fe podemos percibir que, no obstante ser fundamentalmente dispares desde que en un caso (sentido subjetivo) se trata de la apreciación de una situación personal mientras que en el otro (sentido objetivo) de la aplicación de una regla impersonal de conducta, en ambos casos lo que está en juego es el juzgamiento de una conducta, o sea determinar si en el primer caso el sujeto actuó porque honradamente creyó y en el segundo si actuó de acuerdo a lo que honradamente debió (p. 332)

Entonces, de lo que se trata es de un juicio de valor sobre el estado mental o la creencia del sujeto a partir del deber ser moral. Este juicio de valor necesariamente pasa por determinar la intención del sujeto. En el Digesto, es común entrever este juego de la buena fe objetiva y subjetiva constantemente. La buena fe, objetivamente hablando, es un elemento que circula por todo el derecho tanto privado como público[572].

En el apéndice 2 de esta obra hemos seleccionado los pasajes referidos a la buena fe, por ejemplo, Ulpiano, en el Digesto de Justiniano (530) se refiere en el Libro 2 al sentido objetivo de la buena fe[573]:

> Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro IV.
> La justicia de este Edicto es natural, pues ¿qué es más adecuado a la buena fe de la humanidad que observar aquello en lo que las partes han acordado? (1-parr (2.14).

Y en ese sentido, el estudio de la buena fe objetiva necesariamente introduce el elemento subjeto de la buena fe para determinar si hubo una ausencia de la misma desembocando en la mala fe, que el Digesto de Justiniano (530) la equipara con el dolo o con el fraude:

> 3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro X.
> (9) Labeo dice, que a veces en una acción fundada en asuntos negociados, el único punto a ser considerado es el fraude; por ejemplo, si, inducido por el afecto, se ha entrometido en mis asuntos para impedir que se vendan mis bienes, sólo debe responder en caso de fraude. Esta opinión se basa en la equidad. (3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro X.)

[572] Para Osterling Parodi, el principio de buena fe se extiende a la buena fe-lealtad: "La buena fe lealtad obliga a las partes a cumplir ciertos deberes como, por ejemplo, el de información, que permite a los tratantes tomar las decisiones que mejor beneficien a sus intereses, el de no divulgar información conocida por medio de las tratativas, el de informar sobre la existencia de negociaciones paralelas, el de abstenerse de realizar actos que perjudiquen el avance de las negociaciones o las terminen" (Osterling Parodi, F. y Rebaza Gonzalez, A. (2008). La ruptura injustificada de tratativas contractuales.". *Revista Iuris Omnes, Poder Judicial Arequipa, pp. 1-13.* Arequipa-Perú, p. 4). Para Mankowski la CIC deviene frente a un incumplimiento de un deber precontractual de información que significa no brindar información falsa y no omitir información relevante (Mankowski, P. (2020). *Manual de investigación sobre el Reglamento Ibis de Bruselas.* Northampton-UK: Edward Elgar Publishing, Inc., pp. 312, 323).

[573] Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm.

Como vemos, el principio objetivo de la buena fe viene emparentado con el principio de justicia y de equidad, pero también vemos que el sentido subjetivo de la buena fe necesariamente pasa por el análisis del fraude y del dolo, así Ulpiano lo expone en el Digesto (530):

> 7. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI.
>
> (10) Además, Pomponio dice que el Praetor Caecidianus no otorgó una acción por fraude contra alguien que había alegado que cierta persona a quien se le iba a prestar dinero era solvente, que es la visión correcta del caso; porque no debe concederse una acción por dolo a menos que la mala fe sea flagrante y evidente. (7.10 (4.3)
> Por su parte, Paulo en el Digesto (530) expone:
> 13. Paulo, Sobre Sabino, Libro XXXI.
> Cuando una persona se niega a devolver una cosa, no al dueño de la misma, sino a alguien que la exige, y que no cree que sea el verdadero agente o heredero de la persona que hizo el depósito, no es culpable de mala fe. Sin embargo, si después supiera que el reclamante tenía autoridad, podrá entablar acción contra él, ya que ahora comienza a ser culpable de mala fe, si se niega a devolver los bienes. (13-parr & 13.1 (16.3))

Este maniqueísmo de la buena fe subjetiva con la mala fe, el dolo y el fraude, hace que el sujeto que actúa de mala fe sea responsable o culpable por el dolo cometido, así Ulpiano lo explica en el Digesto (530):

> 8. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI.
>
> (10) Por lo tanto, si te ordené que compraras un esclavo, y así lo hiciste, serás responsable de su entrega. Pero si usted se olvidó fraudulentamente de comprarlo (o, tal vez, habiendo recibido dinero para ese propósito, se lo dio a otro para que hiciera la compra) o si fuere culpable de negligencia grave (por ejemplo, si inducido por favor, debe permitir que otro lo compre) usted será responsable. Sin embargo, si el esclavo que compraste se fugare, serás responsable, si esto ocurrió por tu mala fe. Pero si no hubiere mala fe ni negligencia, no seréis responsables sino en cuanto debéis dar fianza para entregar el esclavo si llegare a vuestro poder. Pero si lo entregas, debes darme posesión de él; y si se presta caución contra su recuperación por evicción, o tienes derecho a pedir que se te preste fianza, pienso que será suficiente que me cedas este derecho de acción, para que me designes como tu agente para actuar en mis propios asuntos, y usted no estará obligado a hacer más de lo que realmente obtendrá. (8.10 (17.1)).

Como quiera que la culpabilidad de un sujeto puede provenir por parte del quebrantamiento del principio de la diligencia, Ihering (1861) ya manifestó en su obra que la diligencia y su ausencia (la negligencia) era el motor de la teoría de la CIC, mas no la buena fe que tenía que presumirse

para ambas partes (la promitente y la promisoria), y que la mala fe debía probarse por tanto la buena fe no podía ser el elemento motor de la CIC (p. 30, 37).

Es la doctrina posterior a Ihering que inocula la buena como motor de la doctrina de la CIC, contra el propio pensamiento de Ihering (1861) que explícitamente se negó a incorporar la buena fe como elemento de su teoría (p. 30, 37).

En efecto, en todos los 50 libros del Digesto (530) la buena fe es un principio que circula por todas las arterias del derecho privado y público, es innegable la presencia de la buena como lo es innegable su coetaneidad con la equidad y la justicia. Sin embargo, cuando la doctrina posterior a Ihering introduce la buena fe como elemento de la CIC, hacen que la culpa que deriva del incumplimiento de la diligencia sea devorada por la mala fe, es decir por el dolo o el fraude. Cuando el fraude se puede demostrar, es decir, cuando la mala fe se puede demostrar, entonces la culpa queda devorada por el dolo, y esto es lo que Ihering trató de evitar.

Sin embargo, en el próximo capítulo veremos en detalle cómo el dolo termina por devorar la culpa haciendo que la figura de la Ruptura injustificada de negociaciones preliminares (segunda vertiente de la CIC) pase a ser una Ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares[574], porque la culpa queda devorada por el dolo[575]. Si bien es cierto, esta operación es inocua, comparativamente hablando la figura del RINP (hija de la CIC) la CIC o la RINP queda equiparada con el misrepresentation y el fraude del *common law*, dejando al *Promissory Estoppel* -basada en la confianza detrimental[576]- como figura incomparable[577] por cuanto al PE no le interesa el estado

[574] En la doctrina peruana puede consultarse el trabajo de León Hilario (2003) que manifesta a este respecto: "Salvo mejor parecer, los ecos de la institución de la *culpa in contrahendo* que han llegado hasta nosotros comprenden únicamente el segundo caso. El tratante que se aparta de las negociaciones maliciosamente es responsable -como enseñan, en bloque, los contractualistas peruanos- por la infracción del artículo 1362." (p. 38).

[575] En el espectro del deber de informar, cuando la información es accesible a ambas partes, Torreblanca Gonzales (2017) piensa que no existe deber de informar, y además que: "La ignorancia es legítima cuando hay asimetría informativa, o sea, cuando hay disparidad de poderes entre las partes o cuando existe información inexacta, es decir, dolo" (p. 57).

[576] Saavedra Velazco examina la confianza frente a la autorresponsabilidad como premisas de la responsabilidad precontractual (Saavedra Velazco, R. (2010). Obstáculos Jurídicos Y Económicos A La Aplicación De La Teoría Del Incumplimiento Eficiente. ¿Un Irritante Jurídico O Una Figura De Aplicación Imposible? *Themis. Revista de derecho, Núm. 58, pp. 247-276.* Lima-Perú, p. 2). Por su parte Lundstedt equipara la CIC con la Teoría de la confianza: "La teoría del interés, en el ámbito de la Ley de contratos en Suiza y Alemania, se complementa con la construcción el "interés negativo del contrato" (creada por Ihering); y en Escandinavia, y en algunos otros países, con la "teoría de la confianza" (Lundstedt, V. (2014). *La jurisprudencia como ciencia*. Lima: Palestra Editores, pp. 164-165).

[577] En cuanto a la necesidad de conocer instituciones del *common law* americano, puede consultarse el trabajo de García Lang (2018), quien concluye: "Si el civilista junior solo se enfoca en leer a los clásicos tratados europeos y no domina inglés, se llevará una gran sorpresa cuando empiece a ejercer en la práctica profesional y tenga que revisar contratos en inglés y con cláusulas que hacen referencias a instituciones jurídicas que no se encuentran reguladas en el código civil pero que están estandarizadas en la práctica. Enfoquémonos en el derecho vivo. Así es como nacieron y ascendieron los *civil lawyers*." (p. 290).

mental[578] o el juicio de valor del sujeto para determinar la responsabilidad del sujeto, independientemente de su culpabilidad.[579]

Reanudando el análisis del artículo 1362 del Código Civil Peruano, mencionábamos cómo la doctrina ha interpretado este numeral como una apertura hacia la Compensación por Indemnización Culposa (CIC) en el ámbito de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la interpretación de este fenómeno. Por un lado, hay un grupo doctrinario que percibe la CIC a través de una lente contractual, sugiriendo que se manifiesta dentro de los marcos y principios contractuales[580]. Por otro lado, existe una corriente que argumenta que la CIC debe ser analizada desde una perspectiva extracontractual[581], enfatizando su

[578] Un sector de la doctrina ha interpretado el Promissory Estoppel como producto de la violación de un deber de actuar de buena fe en las tratativas o etapa precontractual. Cfr. Cieza Mora, J. (2015). El Error y Un Acercamiento a la Responsabilidad Precontractual. *Revista Gaceta Civil y Procesal Civil, Registral y Notarial. T. 22, pp. 68-134*. Lima-Perú, p. 115.

[579] Este punto del PE lo desarrollaremos más ampliamente en el capítulo V dedicado al Promissory estoppel.

[580] En el ámbito doctrinal que sostiene que la responsabilidad precontractual se debe analizar desde una perspectiva contractual, tenemos a Morales Godo que expresa: "un análisis del artículo 1362 del Código Civil de 1984 nos llevaría a la conclusión que, para nuestro sistema, el daño in contrahendo estaría enmarcado dentro del daño Contractual" (Morales Godo, J. (2009). *El daño a la persona. Una categoría jurídica innovadora frente a una tradición limitante.* Lima: Palestra Editores, p. 23.) Por otra Morales Hervias explícitamente considera un error emparentar la responsabilidad precontractual con el sistema extracontractual: "Fuera de los factores señalados y yendo a lo técnico, estimamos que una aplicación de la responsabilidad extracontractual a la responsabilidad precontractual genera problemas de aplicación y deja sin contenido a la buena fe objetiva. Por ello, estimamos que la responsabilidad precontractual tiene autonomía conceptual que difiere enormemente de la responsabilidad extracontractual y se aproxima a la responsabilidad por inejecución de obligaciones (pero sin reducirse a ella)" (Morales Hervias, R. (2018). Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista IUS ET VERITAS* Nº 57, pp. 170-189. Lima -Perú, p. 183). Por su parte, Ordoqui Castilla piensa que el "dolo incidente regulado en el artículo 1276 del C.C., refiere precisamente al caso de un dolo que solo {sic] da derecho a acción indemnizatoria, situación que se daría en el ámbito de la responsabilidad precontractual en el periodo de las tratativas" (Ordoqui Castilla, G. (2017). *Tratado de Derecho de los Contratos,* T. II, Vol. I. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales, p. 425). [El numeral 1276 del CCPe dice: Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer. En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado, si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Por su parte Ojeda Guillén expresó: "Así pues, estamos a favor de los argumentos que abonan a favor de la tesis contractualista, por cuanto la responsabilidad precontractual siempre se presenta cuando ha habido tratos, negocios, acuerdos previos: un contacto negocial. Estas negociaciones, entendemos, han generado en la parte perjudicada una confianza racional en la concreción del negocio y en su traducción en un contrato definitivo. Las partes no son desconocidas, sino que son contratantes determinados, completamente identificados y reconocibles el uno por el otro. El contacto negocial previo obliga a comportarse según reglas específicas y asumiendo conductas particulares" (Ojeda Guillén, L. (2009). *La Responsabilidad Precontractual en el Código Civil Peruano*. Lima: Motivensa Editora Jurídica. p. 230)

[581] Para otro sector de la doctrina, la responsabilidad precontractual pasa por una consideración extracontractual, así lo sostiene por ejemplo Espinoza Espinoza, J. (2015). Un curioso caso de responsabilidad civil precontractual peruano**.** *Gaceta Civil & Procesal Civil. Volumen: 1*, pp. 137-145). Por su parte, Oré Gamboa lo explica de la siguiente forma: "El haber negado la naturaleza contractual de la culpa *in contrahendo* no significa ignorar, de manera absoluta, la trascendencia del artículo 1362 del Código Civil sino, sencillamente, interpretarlo como una norma que expresa una de las manifestaciones del deber de no causar daño a nadie. En efecto, el deber de buena fe resulta aplicable a todas las conductas humanas y, por ende, a todos los individuos que viven en sociedad. Por ello se presenta como un deber genérico, cuya infracción debe reconducirse a la cláusula de represión del hecho ilícito dado que se refiere a una conducta que afecta a un bien jurídico (tutelado de manera *erga omnes)* por medio de una conducta culposa (Oré Gamboa, C. (2013). El Error y la responsabilidad precontractual. *Revista Actualidad Jurídica*. T. 241, pp. 45-97. Lima-Perú, p. 47). En el mismo sentido, Geldres Campos estima que la responsabilidad precontractual se rige bajo las reglas de la responsabilidad civil extracontractual (Geldres Campos, R. (2014). Responsabilidad Precontractual por Falsus Procurator. *Revista Actualidad Jurídica, T. 241.* Lima-Perú, pp. 79-97). Asimismo, los trabajos de Escobar Lino, M. y Guevara Porlles, K. (2016). La Responsabilidad Precontractual. Fundamentos y Régimen de aplicación según la normativa civil peruana. Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral y Notarial. T. 40, 181-201). Por su lado, Pretel Alonzo no solamente se inclina por la efectividad de la

naturaleza independiente de las obligaciones contractuales existentes. Esta división refleja las complejas interacciones entre los elementos contractuales y extracontractuales en el derecho precontractual.

Dentro del sector doctrinario que considera que la CIC debería ser estudiado desde la perspectiva contractual tenemos a Moreno More (2014) quien manifiesta:

> Lo que es más, la doctrina no sólo ha ideado soluciones contractuales para supuestos en los cuales existía un contrato (válido) entre las partes. Como se verá más adelante, el problema aquí tratado está estrechamente vinculado con otras problemáticas, pero en especial con la responsabilidad precontractual. Es precisamente respeto a esta última que la doctrina ha propuesto la mayor cantidad de soluciones *contractuales* para el resarcimiento producto del daño causado en la etapa precontractual (p. 3).

Por otro parte, se puede consultar el trabajo de Falla Jara y Pizarro Aranguren (1991) que analizan la sentencia de un expediente judicial de la Tercera Sala Civil de Lima, sobre el caso *Grupo Peruano v. Daimler Benz, A.G.*[582], con número de Indice 462-89, donde la Corte manifestó:

> "Y si que si bien esas obligaciones mutuas apuntaban a un contrato futuro pendiente de firma no por ello quedan excluidas de la órbita contractual en la que la doctrina más moderna incorpora los llamados convenios de base, contratos preparatorios, contratos para contratar que implican poner fin a negociaciones sobre las estipulaciones ya acordadas, sin perjuicio de continuar negociaciones sobre otros puntos complementarios o de detalle que de momento no pueden fijarse; que estos acuerdos previos en cuanto derivan de un vínculo asumido libre y voluntariamente para regular negociaciones jurídicas patrimoniales, en modo alguno pueden marcarse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la que por esencia no surge de declaraciones de voluntad sino de circunstancias accidentales que

teoría extracontractual como sistema que supera a la concepción precontractual de la CIC o "contacto social" sino que da crédito a la concepción extracontractual por encima de la teoría de la CIC, en el siguiente sentido: "Nuestro ordenamiento permite sin mayor problema proteger vía extracontractual los daños que surgen en la etapa precontractual, por lo que resulta inoficioso recurrir a la teoría del "contacto social" o culpa in contrahendo" (Pretel Alonzo, E. (2017). La Responsabilidad Precontractual: análisis histórico y comparado sobre el innecesario (pero insistente) esfuerzo de contractualizar bajo el escudo de "contacto social". A propósito de una ejecutoria suprema. *Revista Gaceta Civil y Procesal Civil. No. 47, 115-132*, pp. 127-128). En la misma línea Ramírez Izaguirre y Roca Mendoza también comulgan con la teoría extracontractual: "nosotros coincidimos en que frente a un escenario donde las tratativas se han roto de forma injustificada, dada la normativa vigente, solo [sic] cabría hablar de un régimen de responsabilidad civil aquiliano" (Ramírez Izaguirre, L. y Roca Mendoza, O. (2017). Tropiezos en la Formación del Contrato: ruptura de las tratativas y el enfoque de la responsabilidad aplicable. *Gaceta Civil & Procesal Civil., No. 47, pp. 161-171*. Lima, p. 176). De la misma forma Moreno More opina que: "Así las cosas, la opción de la extracontractualidad se revela como la vía propia para encausar a este tipo de responsabilidad" (Moreno More, C. (2017). ¿La Responsabilidad precontractual… llega a la casación? *Gaceta Civil & Procesal Civil., No. 47, pp. 211-226*. Lima, p. 220).

[582] Pese a nuestros esfuerzos personales y nuestras visitas al Poder Judicial y después de múltiples requerimientos al Archivo Central de las Cortes Superiores de Lima y del Perú, nos han respondido que este caso es inubicable, por lo que no hemos podido verificar personalmente la existencia de este expediente; sin embargo, lo citamos para ilustrar el debate interno doctrinal sobre esta materia de la CIC.

> no revelan voluntad de vínculo jurídico entre sujetos, como sí ocurre en el caso de autos" (p. 97)

Por otro lado, como lo adelantamos, otro sector de la doctrina piensa que la CIC se adecúa a la mirilla extracontractual. Por ejemplo, Moreno More (2016) analiza el tema de la teoría italiana del contacto social adecuado y la ruptura injustificada (maliciosa) de negociaciones preliminares y asevera:

> Ellos para llegar a dicha conclusión han inventado una obligación (deber de protección) que, a decir verdad, no es tal. Vale decir, el deber de protección, cuya violación daría lugar a la responsabilidad contractual, en realidad es un deber aquiliano, cuya violación daría lugar a una responsabilidad de tipo extracontractual. (p. 211).

Y luego Moreno (2016) continúa añadiendo un pensamiento que remata su planteamiento: "Si nuestras conclusiones son correctas, todos los sistemas jurídicos habrían acogido a la figura del contacto social, empero, al reconducirse dichas figuras a los conflictos aquilianos modales, ésta en realidad no presentaría una naturaleza contractual, sino una de tipo extracontractual." (p. 212).

Ahora bien, un aspecto interesante de analizar es la relación entre el numeral 1362 del CC peruano con el numeral 1969 del CC peruano (referido al a responsabilidad extracontractual), con el numeral 1321 (referido a la inejecución de obligaciones) que dicen:

> Artículo 1969º.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.
> Artículo 1321: Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

Como quiera que el numeral 1362 está basado en la buena fe (con su consecuente correlato de la mala fe-dolo-fraude), el numeral 1969 se basa en la culpa (o negligencia) y el dolo.[583] En el sistema peruano, Pretel Alonzo (2017) explica que si la CIC se va a reconducir por las arterias

[583] Moreno More manifiesta que: "El comportamiento en este supuesto, a diferencia del establecido en el 1969, se mide en función de la buena fe, mientras que en el 1969 se mide en función de la culpa. Es por ello que decir que la buena fe puede crear obligaciones (deberes de protección) es tan erróneo como decir que la diligencia puede crear obligaciones" (Moreno More opina que: "Así las cosas, la opción de la extracontractualidad se revela como la vía propia para encausar a este tipo de responsabilidad" (Moreno More, C. (2017). ¿La Responsabilidad precontractual… llega a la casación? *Gaceta Civil & Procesal Civil., No. 47, pp. 211-226*. Lima, p. 211).

contractuales, en realidad se le estaría poniendo una carga probatoria injusta a la víctima por cuanto ahora tendría que demostrar el dolo (bajo el numeral 1321); mientras que la carga probatoria del numeral 1969 de la responsabilidad extracontractual impone el descargo a la parte que irroga el daño en la etapa prenegocial (p. 129).

Pero más allá de este maniqueísmo entre contractualizar o extracontractualizar la CIC, por su parte, Saavedra Velazco (2013) realiza una crítica al sistema extracontractual alemán y a la consecuente innecesariedad de contracturalizar la CIC:

> Como es conocido, en Alemania la responsabilidad extracontractual tiene una fuerte dosis de tipicidad, limitando los intereses que pueden encontrar protección a través de este mecanismo jurídico. La responsabilidad por *culpa in contrahendo* es un caso claro de cuanto se dice. En la mayoría de sistemas se juzga a esta responsabilidad como extracontractual (algo percibido por el propio Ihering al formular su teoría), sin embargo, en Alemania existía la necesidad de contractualizar esta responsabilidad por dichas limitaciones (al momento de formular la teoría Ihering tuvo que saldar cuentas no con el BGB, sino con el *Corpus iuris civilis*, aunque en este punto la regulación es sustancialmente semejante). Esta situación ratifica que en ocasiones las reglas o las instituciones formuladas para la solución de conflictos varían de sistema a sistema a causa de limitaciones legales o por peculiaridades culturales concretas.
>
> Tal vez (y solo tal vez) si los operadores alemanes no hubieran sido tan fieles a la responsabilidad extracontractual romana no se habrían visto forzados a contractualizar la *culpa in contrahendo* y luego a lentamente ir ensanchando el margen de la responsabilidad contractual, con lo cual no se habrían creado una plétora de figuras contractuales diseñadas justamente para superar los problemas estructurales detectados en su legislación. (pp. 202-203)

Pese a esta crítica, y a la realidad del asunto, la realidad es que la jurisprudencia -y esto lo comprobaremos en el anexo III dedicado al estudio de la casuística italiana, Española y Alemana, y francesa con respecto a la CIC- dicha institución ha sido interpretada como una estructura extracontractual, y no contractual; asimismo, el deber de actuar de buena fe ha hecho que se presume dicho principio, y que la probanza de la mala fe pase por identificar el dolo con el fraude, con la consecuente subsunción de la culpa en el dolo, contrario a la voluntad de su creador (Ihering, 1861, 30 y 37).

Por otro lado, otro aspecto interesante de resaltar con respecto al tratamiento de la doctrina peruana con respecto a la CIC, lo tenemos en el debate suscitado con respecto a la Casación No.

4407-2015 de Piura[584]. En resumen, el caso se refiere a una demanda por daños y perjuicios. La demandante, Flor de María Rishing Mendoza, presentó una demanda contra el Banco de Crédito del Perú por incumplimiento de un contrato de arrendamiento. La demandante era propietaria de un inmueble que había alquilado a CARSA, y posteriormente el inmueble iba a ser arrendado al banco. La disputa se centra en si se formó un contrato de arrendamiento válido entre la demandante y el banco, y si el banco es responsable por daños y perjuicios debido al incumplimiento del supuesto contrato.

El tribunal de primera instancia inicialmente falló parcialmente a favor de la demandante, encontrando que había un contrato de arrendamiento basado en comunicaciones por correo electrónico, y ordenó al banco que pagara daños y perjuicios. Sin embargo, en apelación, el tribunal de apelaciones revocó la decisión, indicando que las comunicaciones no constituían un contrato definitivo y que el banco no había incurrido en ningún ilícito civil.

Específicamente, en fecha 28 de enero de 2014, Flor de María Rishing Mendoza interpuso una demanda con el propósito de obtener una indemnización de $83,490 dólares americanos por daños y perjuicios en contra del Banco de Crédito del Perú. Alegó ser propietaria de un inmueble y tener un contrato de arrendamiento vigente con Svenza Zona Franca S.R.L. ("CARSA"), el cual finalizó cuando el Banco de Crédito inició negociaciones con ella, mejorando las condiciones y solicitando a CARSA que desocupara el local. La demandante accedió y pidió a CARSA que abandonara el local, sin embargo, el Banco no formalizó ni cumplió con el contrato, lo que resultó en daños. Surgieron comunicaciones y negociaciones por correo electrónico entre las partes involucradas (la demandante y el banco) con respecto al arrendamiento del inmueble, en las cuales el Banco ofrecía condiciones más favorables que las de CARSA. Posteriormente, el Banco solicitó a la demandante que CARSA desocupara el local para que pudieran ocuparlo ellos mismos. Sin embargo, una vez que CARSA dejó el local, el Banco no procedió a celebrar el contrato de arrendamiento de acuerdo a las negociaciones previas.

Por su parte, en su respuesta a la demanda (página noventa y uno), el Banco de Crédito del Perú argumenta que las comunicaciones entre la demandante y el arrendatario anterior, CARSA,

[584] Casación Nro. 4407-2015 de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Recuperado de https://lpderecho.pe/casacion-4407-2015-piura-si-se-demando-por-inejecucion-de-obligaciones-no-se-pueden-aplicar-normas-de-la-responsabilidad-extracontractual/ [Consulta realizada el 23 de Agosto de 2023]

sugieren que la demandante tenía la intención de acortar el plazo del contrato de arrendamiento por su propia iniciativa, y no a solicitud del Banco de Crédito. El banco afirma que la decisión de la demandante de no renovar el contrato con CARSA fue una elección voluntaria y autónoma, y no fue resultado de ninguna solicitud o exigencia por parte del Banco de Crédito, como insinúa erróneamente en su demanda. Además, el banco sostiene que es legítimo que hayan requerido que la demandante demuestre que el local que ofrecía en arrendamiento estaba en condiciones adecuadas y libre de problemas legales o físicos, siguiendo las prácticas de un inquilino cuidadoso[585]. El banco reconoce que se entablaron discusiones y negociaciones para un posible contrato de arrendamiento del local comercial en cuestión, pero niega haber solicitado o requerido que la demandante notificara a CARSA sobre la terminación del contrato de arrendamiento, ya que esto fue una acción independiente de la demandante. La respuesta del banco subraya que lo que tuvo lugar entre la demandante y el Banco de Crédito fueron tratativas, no un contrato en sí. También señala que durante las negociaciones para concretar el contrato de arrendamiento, se descubrió que el local propuesto por la demandante tenía problemas legales y físicos, como embargos registrados y discrepancias en las dimensiones y áreas del inmueble según diversos registros, lo cual se comunicó a través de correos electrónicos.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú (la Sala), en esta resolución, estableció los puntos controvertidos:

> 1. Determinar si el Banco de Crédito del Perú tiene responsabilidad civil por no cumplir con el contrato de arrendamiento celebrado con la demandante, referente a la propiedad ubicada en la Av. Grau, Avenida Loreto y el Jirón Ica N° 757 de esta ciudad.
> 2. En caso de ser pertinente, determinar si el Banco está obligado a indemnizar a la demandante por lucro cesante en una suma de 83,490 dólares americanos.

Después de completar los procedimientos pertinentes, el juez emitió una resolución el once de mayo de dos mil quince, en la cual declaró parcialmente fundada la demanda. Esto se basó en el contenido de un correo electrónico enviado por Sandra Bardales, una funcionaria del Banco de Crédito, el cual detallaba los documentos necesarios para el contrato de alquiler del inmueble. El tribunal interpretó esto como evidencia de la existencia de un contrato de arrendamiento, y

[585] Por su parte, Oughton y Davis mencionan el concepto de "cuidado razonable" en el contexto de las obligaciones de un arrendador hacia un inquilino. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 227, 238).

concluyó que el Banco de Crédito incumplió sus obligaciones contractuales, por lo que debía indemnizar a la demandante.

En respuesta, la demandada apeló la sentencia, argumentando que lo que realmente ocurrió fueron tratativas y conversaciones destinadas a un futuro contrato de arrendamiento que no se materializó debido a discrepancias en las negociaciones. Afirmó que el juez interpretó de manera sesgada y subjetiva las pruebas presentes en el proceso, y refutó la idea de que existía un contrato de alquiler con el Banco de Crédito desde marzo de 2013.

Después de presentarse el recurso de apelación, la Sala Superior emitió una resolución el veintiuno de septiembre de dos mil quince, en la cual revocó la sentencia apelada y la declaró infundada. Argumentó que, dado que las negociaciones se realizaban por correo electrónico, según el artículo 1374° del Código Civil, solo se podía asumir que hubo aceptación cuando la demandante (que envió los documentos solicitados por el banco) recibiera un "acuse de recibo" de la representante del Banco, lo cual no ocurrió. Al analizar los correos electrónicos en las páginas treinta y ocho y treinta y nueve, se observa que, al 27 de mayo de 2013, las partes no habían llegado a un acuerdo en los puntos esenciales del contrato de arrendamiento, a pesar de que el correo del 27 de mayo no hace referencia a ningún elemento del contrato, sino que se centra en la solicitud de ciertos documentos físicos, así como constancias de impuestos y levantamiento de embargo.

Además, menciona que el diecinueve de agosto de 2013, la representante del banco propuso las condiciones de alquiler. Ante esto, el veinte de agosto de 2013, la demandante hizo una contraoferta sobre la renta, la cual no fue aceptada por el banco, que mantuvo su propuesta. Este hecho contradice la conclusión de un contrato, ya que las partes no se pusieron de acuerdo sobre la renta, un elemento esencial del contrato de arrendamiento. La Sala Superior concluye que el banco demandado no ha incurrido en ningún incumplimiento de obligación, ya que no se ha establecido la existencia del elemento de antijuricidad al no haberse concretado un contrato.

Posteriormente, la demandante presentó un recurso de casación, el cual fue admitido por la Suprema Sala en una resolución del dieciocho de enero de dos mil dieciséis. Argumentó que hubo infracción normativa de varios artículos del Código Procesal Civil y el Código Civil, ya que se señaló de manera clara y precisa cómo estas infracciones afectaron la decisión impugnada.

Los considerandos de derecho del caso los podemos resumir de la siguiente forma:

QUINTO. En cuanto a la aplicación de normas no invocadas por las partes:
1. La recurrente alega que el juez debió aplicar normas de responsabilidad extracontractual en lugar de las de inejecución de obligaciones.
2. La posibilidad de invocar normas distintas no aplica cuando modificaría los hechos de la demanda.
3. La existencia de un contrato fue el punto central de la controversia, por lo que no se podía emitir una decisión diferente sin alterar los hechos.
4. Las instancias examinaron la existencia del contrato y concluyeron que no se había celebrado.
SEXTO. En relación a la supuesta vulneración de los artículos 1362, 1969, 1971 y 1985 del Código Civil:
1. La discusión sobre la responsabilidad en las negociaciones precontractuales no es unánime.
2. Diversas teorías argumentan a favor de la responsabilidad contractual o extracontractual en estas situaciones.
3. Las instancias analizaron la existencia del contrato y encontraron que no se había formado una voluntad contractual.

OCTAVO. A pesar de las discusiones sobre la naturaleza de los daños en las negociaciones precontractuales, el tribunal considera que no es relevante en este caso, ya que el tema central fue la existencia del contrato y no el daño en las negociaciones.

Por lo tanto, la Sala concluye que la apelación estaba bien dada y en consecuencia la casación se declara infundada. El tratamiento que hace la Sala de la Teoría de la responsabilidad precontractual, ha sido, al decir de Cieza Mora (2017) "epidérmica" (p. 103), o al decir de Geldres Campos (2017) "un tema controvertido" (p .201) y que -siguiendo a este último autor- pese a que la casación no tomó partido sobre el tema, "no obstante planteó la problemática señalando que sobre la responsabilidad precontractual existían dos posiciones en relación a su naturaleza jurídica: la primera que señala que la responsabilidad precontractual tiene naturaleza contractual, y la otra que señala que tiene naturaleza extracontractual." (p. 201).[586]

Pese a que la Sala desestimó el empleo de la doctrina de la responsabilidad precontractual, en el fundamento séptimo, expresamente la Sala reconoció que la naturaleza jurídica de la CIC

[586] Moreno More opina al respecto: "En sede nacional la naturaleza de la responsabilidad precontractual también es asunto controvertido" (Moreno More opina que: "Así las cosas, la opción de la extracontractualidad se revela como la vía propia para encausar a este tipo de responsabilidad" (Moreno More, C. (2017). ¿La Responsabilidad precontractual… llega a la casación? *Gaceta Civil & Procesal Civil., No. 47, pp. 211-226*. Lima, p. 218).

está en debate. Como lo vimos anteriormente en los párrafos anteriores, parte de la doctrina se pronuncia en un sentido u otro (sea por la corriente contractual o extracontractual).

Asimismo, el debate general sobre la CIC en torno a su naturaleza jurídica, se concretiza y especifica en torno a la casación en cuestión, y pese a que la resolución casatoria menciona explícitamente los fundamentos doctrinarios de cada postura (contractual y extracontractual), al final la Sala desestima cualquier aplicación de responsabilidad precontractual al tema sub judice por cuanto estima que el contrato de arrendamiento no se concretó, formalmente hablando. Este extremo ha sido criticado por Bardales Siguas (2017), quien concuerda con la decisión plasmada en la resolución, aunque está en desacuerdo con el método utilizado para arribar a este resultado (o sea está en desacuerdo con la forma) que afirma:

> Así se estableció una relación de necesidad absurda entre contrato–incumplimiento de obligación-antijuridicidad y, por otro lado, inexistencia de contrato–inexistencia de obligación-ausencia de antijuridicidad. Este razonamiento, por supuesto, resulta absolutamente errado, toda vez que la antijuridicidad solo [sic] y únicamente se aplica para establecer si el daño cometido está o no autorizado por el ordenamiento jurídico y, por tanto, la no celebración o celebración de un contrato no constituyen fuente de juridicidad o antijuridicidad. La única forma de salvar la "lógica" del razonamiento casatorio es considerar que los jueces de la sala y los vocales supremos aplicaron implícitamente el artículo 1971 de1 Código Civil, e1 mismo que señala que todo daño está autorizado cuando es producto de1 ejercicio regular de un derecho. Por tanto, al ser el desistimiento de la tratativa ejercicio de la libertad contractual la no celebración del contrato constituiría e1 resultado normal de ejercer un derecho.
>
> Sin embargo, esta idea debe ser descartada. Primero. porque tal ejercicio también podría ser irregular y, por tanto, materia de responsabilidad. Segundo, porque de acuerdo al artículo 1362 y 1969 del Código Civil, se estarían vulnerando tanto el deber de buena fe como el deber del *neminem laedere.* Cabe resaltar que incluso con lo dicho, la categoría de la antijuridicidad podría ser totalmente irrelevante para todo examen de daños pues como es conocido en nuestro medio jurídico se encuentra en discusión constante su calificación como elemento de la responsabilidad civil. (pp. 140-141).

Cabe resaltar que el numeral 1971 del CC peruano especifica los parámetros de la inexistencia de responsabilidad. "No hay responsabilidad en los siguientes casos: 1. En el ejercicio regular de un derecho. 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno", mientras que el numeral 1969 del CC peruano legisla sobre el principio *neminem laedere* (no ocasionar daños a otro), es decir sobre la indemnización por daño moroso y

culposo: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.”

Por otra parte, Cárdenas Manrique (2017) está de acuerdo con esta sentencia casatoria porque “los correos solo contienen el requerimiento que hace el banco de determinados documentos en físico. En consecuencia, no se ha incurrido en ningún ilícito civil” (p. 157).

De otra parte, para Chang Hernández (2017), el caso no ha quedado zanjado y ha despertado zonas oscuras o ambiguas en la calificación jurídica de la CIC: “El presente caso, constituye, en efecto, un caso gris o fronterizo, pues no está definido claramente si el daño que habría sufrido la demandante proviene de una fuente contractual o extracontractual.” (p. 4) y considera un exceso estudiar esta casatoria a partir de las reglas de la CIC: “A nuestro criterio, esta inclusión en el campo de acción de la *culpa in contrahendo* de los daños en las tratativas del contrato como tal es un exceso, pues en este caso existen las normas propias de la responsabilidad contractual si el contrato llega a celebrarse y si no las normas de la responsabilidad extracontractual.” (p. 7), y concluye que el numeral 1362 es solamente aplicable a situaciones jurídicas donde el contrato llegue a concluirse:

> En efecto, por nuestra parte creemos, que el artículo 1362 del Código Civil, no podría ser fundamento para sustentar un resarcimiento por la ruptura injustificada de las negociaciones, precisamente porque no se llegó a celebrar el contrato y dicha norma solo [sic] es aplicable a las relaciones contractuales y el hecho que la tantas veces referida norma haga alusión a que “Los contratos se negocian (...) según la buena fe (...)” se refiere solo –a nuestro entender- única y exclusivamente a los casos en que el contrato se llegue a celebrar, todo ello en consonancia con el artículo 1351 de nuestro Código Civil que prescribe que los contratos son el acuerdo de voluntades y con el artículo 1359 del mismo Código que exige que no habrá contrato mientras no haya conformidad entre las partes sabre todas las estipulaciones del contrato; en consecuencia, en caso contrario -como hemos dicho- de no existir contrato y solo [sic] quedarse en fase de las negociaciones, es perfectamente válido, de haber daños, invocar un resarcimiento por vía extracontractual. (p. 198).

H. Venezuela

El artículo 1160 del Código Civil de Venezuela establece que[587]: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley."

Por su parte, el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles de Venezuela[588] señala:

> Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

A partir de estos numerales se podría predicar la aplicabilidad por analogía de la responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico de Venezuela; sin embargo, Lupini Bianchi (2014) advierte que esa inclinación simplista sería un desatino: "Constituye un error garrafal la aplicación analógica de esta norma (art. 1160) a la fase precontractual, habida cuenta de sus antecedentes legislativos y de las consideraciones técnicas expresadas al comentar la doctrina francesa al respecto" (p. 193). Y luego sentencia categóricamente:

> Resultaría ciertamente sencillo, a los efectos de cortar este nudo gordiano, recurrir *manu militari* al mecanismo de la analogía, pero ello también sería un dislate importante, que abriría el flanco a las críticas de los cultores de la teoría de la interpretación de la filosofía jurídica. Quizás por ello, la doctrina venezolana, en bloque, no concebía la extensión de la aplicación de la norma de la buena fe *in executivis*, a la fase precontractual. (p. 194).

De modo que para sustentar el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual, Lupini Banchi (2014) no cree que por el hecho que dos partes nunca hayan tenido un contacto social previo no puedan aplicar el postulado del principio general de la buena fe que ilustra e

[587] Código Civil de Venezuela. (CCV). Art. 1160. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 32.858, del 26 de julio de 1982 (Venezuela).
[588] Código de Procedimiento Civil de Venezuela [CPCVE].Art. 12. G. O. (4209E) 18/9/1990 (Venezuela).

ilumina todo acontecer humano, incluyendo la esfera extracontractual (p. 202). En tal sentido es que se introdujo el principio del abuso del derecho en 1942, en el siguiente sentido:

> ARTÍCULO 1185 del CCV[589]: El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

Con respecto a la aplicación de la buena fe dentro del eje del abuso del derecho, es decir, al respecto de la incardinación de la doctrina del abuso del derecho dentro de la Plataforma extracontractual, Lupiani Bianchi (2015) piensa que la jurisprudencia no ha tendido un desarrollo satisfactorio frente al tema:

> La ubicación del abuso del derecho en nuestro sistema no ha sido particularmente feliz, a1 incluirse la figura en la norma del hecho ilícito, lo cual ha suscitado discusiones acerca del criterio allí recogido y decisiones jurisprudenciales que exigen el dolo o la mala fee n sentido subjetivo, para su aplicación. (p. 204).

Ahora bien, en la búsqueda del principio jurídico de la naturaleza de la responsabilidad precontractual, el Código Civil de Venezuela plantea el numeral 1148 que versa sobre el error en la etapa de formación del contrato, señalando[590]:

> Artículo 1.148 El error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa o sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales, o que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato. Es también causa de anulabilidad el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o esas cualidades han sido la causa única o principal del contrato.

De modo que conviene estudiar también el artículo 4 del Código Civil, que señala[591]:

[589] Código Civil de Venezuela. (CCV). Art. 1185. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 32.858, del 26 de julio de 1982 (Venezuela).
[590] Código Civil de Venezuela. (CCV). Art. 1148. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 32.858, del 26 de julio de 1982 (Venezuela).
[591] Código Civil de Venezuela. (CCV). Art. 4. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 32.858, del 26 de julio de 1982 (Venezuela).

> A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.
>
> Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.

De esta forma, Lupiani Bianchi (2015) concluye manifestando que el artículo 1160 del Código Civil de Venezuela no puede aplicarse analógicamente, pero que por tenor del artículo 4 del Código Civil, el principio jurídico de la buena fe que es un principio general informador del derecho civil, debe emplearse:

> A la luz de las anteriores consideraciones, una vez que se llegue a la conclusión que existe un principio general del derecho que exige que los sujetos deben proceder de buena fe durante la fase precontractual y de que no puede aplicarse por analogía al caso el artículo 1160 del Código Civil (relativo a la buena fe *in executivis*) es con fundamento en el artículo 4 del Código Civil que cabe predicar la aplicación de dicho principio, como fuente del derecho aplicable al caso concreto. Se trata de un caso de heterointegración de una laguna del ordenamiento jurídico, expresamente autorizado por el legislador. (p. 216).

Por otra parte, en el año 2009 la Asamblea Nacional de Venezuela promulgó la Ley de Arbitraje Comercial[592] que establece que los árbitros pueden aplicar los Principios Unidroit (tema que veremos en el próximo epígrafe). En específico el numeral 27 establece esta potestad:

> Artículo 27. Los árbitros, en su labor de interpretar o complementar el derecho aplicable al arbitraje, podrán recurrir a los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNIDROIT).

Posteriormente veremos este tema, simplemente por ahora cabe resaltar la vinculación de manera somera. Los Principios de Contratos Comerciales Internacionales del Instituto

[592] Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela (LAC). (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 39.330, del 21 de diciembre de 2009 (Venezuela).

Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) basan su legislación en la "buena fe". Por ejemplo, el artículo 2.1.15 que se refiere a las negociaciones de mala fe dice:

> (1) Una parte es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, una parte que negocia o rompe las negociaciones de mala fe es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) Es de mala fe, en particular, que una parte inicie o continúe negociaciones cuando tiene la intención de no llegar a un acuerdo con la otra parte.

De esta manera, a través de una norma de remisión de la LAC, la ruptura "maliciosa" (injustificada) de negociaciones preliminares alumbra el hontanar jurídico en la esfera del arbitraje.

4. La figura de la CIC en normas y proyectos europeos de Derecho internacional privado

A continuación, estudiaremos los proyectos de armonización del Derecho contractual europeo a partir de la segunda mitad del Siglo XX hasta la actualidad. Uno de los grandes retos para la Unión Europea, hasta la actualidad, es tratar de armonizar y homogeneizar su variopinto modelo contractual. Veremos a continuación que muchas de las propuestas gozan de la jerarquía de "guías" o como se conoce en inglés "*soft law*", lo que significa que son principios que las partes pueden adaptar o no (Ferreri. 2009, p. 88).

A diferencia del *soft law*, veremos también otro cuerpo de normatividad (como el UNIDROIT) que ha pasado a formar parte de una *lex mercatoria*[593], o sea, un cuerpo normativo internacional que los árbitros usan para resolver las controversias que son materia de su análisis, y cuyo uso juridicial -de oficio- es harto discutido, como se verá a continuación, como por ejemplo el caso de Venezuela donde el juez puede usar los Principios Unidroit aun cuando las partes hayan guardado silencio sobre su uso en un contrato. Sin embargo, como lo expone Espina (2009: 106)

[593] Para León Robayo (), "Se trata entonces de un nuevo orden "… que, trascendiendo las fronteras nacionales, tiende a convertirse en un *ius commune* del comercio internacional." Este sistema ha sido reconocido por la doctrina con diferentes nombres, entre los cuales se destacan: "nueva *Lex Mercatoria*", "*ius mercatorum*", "*new law merchant*", "*Lex Mercatoria* internacional", "derecho mercantil internacional", "derecho internacional transnacional", "derecho consuetudinario internacional", "usos internacionales", "reglas comerciales internacionales", "reglas anacionales", "reglas transnacionales" o "derecho uniforme del comercio internacional" (p. 399).

y como lo veremos a continuación, los Principios Unidroit tienen aplicación directa cuando las partes acuerdan que su contrato sea regido por ellos o incorporados en él.

Sin embargo, los Principios Unidroit guardan una contradicción interna dentro del preámbulo III y IV por cuanto en el tercer postulado del preámbulo se manifiesta que los Principios podrán ser utilizados cuando las partes las incorporen expresamente o hagan mención en su contrato a una "lex mercatoria" o algo parecido; sin embargo, en el cuarto postulado del preámbulo manifiesta que si las partes guardan silencio[594], los Principios pueden aplicarse de manera supletoria para complementar o integrar un contrato. Esta dicotomía es motivo de no pocos quebraderos de cabeza, y, aunque no es nuestro tema medular, trataremos tangencialmente sin desviarnos de nuestro tema conceptual. En este sentido Perales Viscasillas (2009: 160) considera que "la práctica arbitral y jurisprudencial demuestran que cada vez más los Principios se aplican como normas jurídicas, aunque las partes no los hayan incluido ni expresa ni implícitamente en sus contratos." Por otro lado, Beraúdo (199:302) considera que "no es cierto que el Reglamento Roma 1 permita al juez aplicar los Principios en las situaciones donde las partes no los han elegido".

Por su parte, el parágrafo 7 del preámbulo[595] explica que estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional, con lo cual sentencia el carácter supletorio de su naturaleza jurídica y de su aplicabilidad cuando las partes lo dispongan, quedando en todo sentido pendiente la contradicción con el numero 4to del preámbulo que sugiere que su aplicabilidad es de oficio y no a voluntad de parte.

Este tipo de situaciones han generado controversias en el derecho nacional, por ejemplo, en el de España, cuyo numeral 1258 claramente estipula que[596]: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley." Y este artículo habría que cotejarlo con aquel otro 2.1 del Código de Comercio que paladinamente estipula: "Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en

[594] Principios de Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT). III, IV Preámbulo. 2004. En adelante "UNIDROIT" o "Principios Unidroit".
[595] UNIDROIT. VII Preámbulo.
[596] CCE. §1258.

él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común."[597]

Con estas contradictorias visiones partiremos a analizar estas normatividades y esfuerzos por sistematizar y armonizar el derecho contractual y mercantil internacional sin perder de vista nuestro tema principal.

4.1. Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios Unidroit o Convención de Roma o Instituto de Roma o PCCI)

UNIDROIT es una organización independiente intergubernamental con sede en Roma. En el año 1926 fue un organismo auxiliar de la Liga de Naciones, y reestablecido en 1940 tras la caída de la Liga de Naciones en base a un acuerdo multilateral. Para el tema que nos convoca revisamos los Principios UNIDROIT en su versión del 2004. Haciendo un poco de historia, Oviedo Albán (2002) nos narra que

> En el año 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación de UNIDROIT, en la ciudad de Roma, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. El Consejo Directivo de UNIDROIT en su reunión de 1971 incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos, sin embargo, no fue sino hasta 1980 cuando se creó el grupo de trabajo, que se constituyó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo. Representantes de llamado *Civil Law*, del *Common law,* y de los sistemas socialistas conformaron el comité de trabajo. Las labores terminaron en el año de 1994 con la publicación de los *Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*. En el año 2001 se publicó la segunda versión de la traducción oficial al idioma español. (p. 99).

En efecto, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma, trabajó estos principios en 1994, con una nueva formulación en el 2004, y que, como lo exponen Aguirre Andrade y Manasía Fernández (2006): "tiene como objetivo estudiar los medios para armonizar, organizar y coordinar el derecho privado entre los estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos países de una legislación de derecho internacional privado uniforme." (p.51). Los Principios han sido definidos, como un "conjunto de reglas utilizadas en el ámbito internacional por la creciente sociedad cosmopolita" (p. 50).

[597] Código de Comercio español (CCoE). §2.1. Aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885. (España).

Los Principios tienen un radio de actuación más amplio que el de los CISG (*Convention of International Sale of Goods*, Convención of Viena), por cuanto los Principios Unidroit se refieren a todo tipo de contratos, mientras que el CISG se refiere solamente a los contratos de compraventa (Oviedo Albán. 2002, p. 105).

Otro aspecto interesante de resaltar es que los Principios Unidroit está considerado por la doctrina como parte de la *Lex Mercatoria*[598], o sea como parte del derecho internacional mercantil que entra a actuar cuando las partes lo adoptan en sus contratos (Oviedo Albán, J., 2002: 105).

En este sentido la doctrina piensa que el Unidroit es parte de una *lex mercatoria*, de un derecho internacional mercantil que nace como fruto de la experiencia y las costumbres, a diferencia de otros proyectos –de alta alcurnia también- pero cuya raigambre desciende de la cientificidad prodigada por los profesores, juristas o intelectuales. Sin embargo, dar vida a un derecho internacional mercantil o contractual no significa la imposición de un único sistema planetario (Galgano, 2009, p. 23).

En el mismo sentido, Galgano (2009) dice a este respecto:

> La analogía - corre entre el derecho y el idioma. Así como cada idioma nacional tiene su capacidad expresiva propia e inigualable, cada derecho nacional ofrece oportunidades propias de regulación. Globalizar el derecho no significa necesariamente dar vida a un único derecho planetario. Sin embargo los idiomas nacionales poseen una riqueza expresiva que nadie puede pensar en suprimir, como nadie puede pensar en suprimir los derechos nacionales. También esto es un modo de globalizar el derecho, no imponiendo a todos un mismo sistema planetario de reglas, pero permitiendo a todos alcanzar desde el planetario emporio de las creaciones jurídicas. (p. 23).

Por otra parte, la individualidad del derecho de cada Estado no colisiona con la necesidad de uniformar criterios y principios. A este respecto es atinente la observación que hace Galgano (2009) sobre el *Uniform Commercial Code (UCC)*, de los Estados Unidos, al señalar que "tampoco nada se perdió en el fracasado intento de unificarlo en el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos" (p. 25). Es importante aclarar que el UCC no es un código a tenor de las exigencias del *civil law*, es una mera guía para que las partes usen los principios de los contratos sobre venta de

[598] "*Lex mercatoria* es una expresión que tiene un carácter oculto. Quiere aludir al renacimiento, en la época moderna, de un derecho universal, tan universal como lo fue el derecho de los mercaderes en el Medioevo… Las reglas de derecho que integran la *lex mercatoria* son, en algunos aspectos, el fruto de la generalización de principios vigentes en algunos sistemas estatales, de conformidad con los usos del comercio internacional" (Galgano, F (2009). El Contrato en las Relaciones Transnacionales. En Ferrer Vanrell, M. y Martines Cañella, A. (directores), *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales*, 16-24. Madrid: Dykinson, pp. 20-21.

bienes, mas no de servicios. A partir del UCC, cada Estado tiene su propio UCC que refleja los grandes principios del UCC federal: en este sentido discrepamos con el epíteto de "intento fracasado" que Galgano (2009, p. 25) refiere en su comentario, puesto que los principios del UCC –como veremos en el capítulo III y IV- son actuales y enjundiosos.

Pero pese a este comentario, Galgano (2009: 24) procede a enunciar un caso de la experiencia americana donde "una empresa californiana vende en Virginia, ella no vende al extranjero, vende en el propio mercado; sin embargo, el derecho californiano y el de Virginia son distintos, a excepción de las mínimas uniformidades impuestas por las leyes federales. Y si hay un país que tiene un sentido profundo de la identidad cultural este es verdaderamente, a pesar de la fragmentación del derecho privado de cada Estado, el País que se conoce bajo el nombre de los Estados Unidos de América."

No entendemos cuál es la base de Galgano para afirmar que el derecho de California es distinto al de Virginia. El UCC aplica para contrataciones entre mercaderes (compañías o empresas) o partes de una transacción, pero los impuestos de venta de bienes que se pagan en un Estado pueden ser diferentes del otro. Sin embargo, al margen de estas digresiones intelectuales el punto de Galgano es la necesidad de crear un cuerpo de principios internacional –cual Unidroit- que funcione y respete las diferencias de derecho interno de cada país. Sin embargo, la enorme diferencia es que en los EE.UU. el UCC sí sirve como guía para todas las transacciones sobre venta de bienes, y el derecho privado interno solamente brinda ciertos matices en su UCC interno, pero la columna vertebral es proporcionada por el UCC.

De otra parte, un tema recurrente con respecto a los Principios Unidroit es el de determinar su naturaleza jurídica en el espectro comercial o mercantil internacional. Para un sector de la doctrina, "los Principios Unidroit han sido considerados una recopilación de soluciones a casos que frecuentemente ocurren en el campo de las relaciones internacionales de índole comercial. Ello ha motivado a que en el estudio de los mismos se haga alusión a los *Restatement of Contrats.*" (Aguirre Andrade y Manasía Fernández. 2006, p. 53).

Esta semejanza de los Principios Unidroit a los *Restatement de los Contratos* de los EE.UU. hace pensar que la inspiración del grupo de trabajo (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) se hizo en función al modelo americano de los Restatements bajo el cual la normatividad es solamente un *soft law o una guía* (*guideline*) mas no una norma de aplicación

obligatoria. Este punto es interesante recalcar por cuanto la doctrina se quiebra la cabeza pensando si los Principios Unidroit podrían utilizarse cuando las partes hayan guardado silencio en la elección del derecho a aplicarse a su contrato particular. Un sector de la doctrina piensa que el Juez podría aplicar los Principios Unidroit de oficio. Por su parte, Aguirre Andrade y Manasía Fernández (2006) lo explican de la siguiente forma:

> De acuerdo con lo dispuesto en los precitados artículos, se trata de determinar el grado de inmediación que tiene el juez para aplicar los Principios Unidroit a los fines de resolver una controversia al haber omitido las partes la selección del derecho. En tal sentido, se formulan dos interrogantes: ¿debe el juez aplicarlos únicamente a instancias de algunas de las partes, o por el contrario ¿puede el juez aplicar de oficio los Principios Unidroit? La respuesta a la primera interrogante se encuentra contenida en el Preámbulo de los Principios Unidroit; éste, contentivo del propósito de los principios, lo expresa de manera inequívoca cuando señala que ellos deberían aplicarse cuando las partes hayan acorado el someter el contra sus disposiciones o cuando el contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes… La segunda interrogante amerita un análisis relacionado con la aplicación de normas imperativas. Tomando en cuenta que en cuanto a la naturaleza jurídica de los Principios Unidroit, esto7s se equiparan a la *lex mercatoria* y a los Principios Generales del Derecho Comercial Internacional, fuentes no objetivadas del derecho preestablecidas en los artículos 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privada, y al no establecerse como condición que su aplicación resulte de la solicitud por las partes, no existe obstáculo para que el juez, de oficio, aplique los Principios Unidroit, resguardando el orden público venezolano. pp. 72-73.

A esta conclusión arriban estos autores porque parten del análisis de unas normas internas en Venezuela (Ley de Derecho Internacional Privado de 1998) que estipulan que el juez puede utilizar los principios generales del derecho privado internacional cuando las partes hayan obviado toda mención a la elección de la ley que regiría el tramado contractual.[599]

Sin embargo, asumir un principio o una guía como fuente del derecho y parte del derecho internacional privado a ser usado por un juez en la resolución de un caso, es un exceso. Tomemos el caso del principio de buena fe en la etapa negocial. Como venimos estudiando, de acuerdo al RINP, la buena fe es un elemento clave en la etapa negocial cuya ruptura desencadena la obligación

[599] Artículo 30. A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.
Artículo 31. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, §30-31. 1998.

de indemnizar, pero este principio de buena fe no está asumido como elemento del PE en el *common law* americano, de modo que mal podría hacer un juez en asumir como verdad absoluta este principio que no está del todo zanjado.

No obstante, ello, el carácter jurídico de la fuerza vinculante de los Principios Unidroit está cada día siendo concretada. Estos principios son el resultado de la comunión jurídica de un esfuerzo jurídico de muchas naciones (no solamente europeas) en la construcción de un derecho comunitario internacional que supere los potenciales problemas de conflicto de leyes a aplicar en casos concretos. Si bien es cierto que sus principios están redactados para ser guías, su misión o hasta su ambición es la de constituir un cuerpo de derecho comercial internacional, sobre todo cuando los laudos arbitrales echan mano de estos Principios para respaldar sus opiniones sobre casos que se basan en situaciones que envuelven el derecho comercial internacional. En este sentido Galgano (2009) lo expone de la siguiente forma:

> UNIDROIT elaboró de la *lex mercatoria* una recopilación orgánica. Esta tiene el título de "Principios de los contratos comerciales internacionales", divulgados en los principales idiomas de nuestro tempo [sic]. UNIDROIT no tiene, bien entendido, la pretensión de legiferar. No tiene la autoridad por esto. Son los laudos arbitrales que hacen referencia a los Principios UNIDROIT como "fuente atendible del derecho comercial internacional. (p. 21).

En el mismo sentido, la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobe Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) –nos dice Perales Viscasillas (2009:172)- celebrada en México D.F. de 14-18 de marzo de 1994 ("Convenio de México"), estipula en su numeral 9.2 que: "El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales."[600] Asimismo, el numeral 10 de dicha norma establece: "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas

[600] Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V), art. 9.2., del 17 de marzo de 1994. En adelante "CIDIP-V".

comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto."[601]

Esta coincidencia temporal e histórica entre el Convenio de México (de marzo de 1994) y los Principios Unidroit (de abril de 1994), no es mero accidente, como lo sostiene Beraúdo (2009:302) al decir que "varios de los juristas que participaron en los grupos de UNIDROIT sobre capítulos de los Principios eran los mismos presentes en Tucson, Arizona, cuando se adoptó el texto de lo que los diplomáticos hirieron el convenio de Méjico".

Asimismo, algunos Estados han incluido taxativamente la aplicación de los Principios Unidroit a su legislación interna[602], caso de la Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación de Panamá de 1999, cuyo numeral 27 estipula: "El tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que gobierna la relación contractual, tendrá en cuento los usos y prácticas mercantiles y los principios del os contratos de comercio internacional de UNIDROIT."[603]

Seguidamente Galgano sentencia claramente que los Principios Unidroit son más que meras guías, con lo cual la equiparación entre los Principios con el Restatement, sería imprecisa por cuanto los Principios tendrían rango de ley y no meramente de "guías" (guideline" como lo son los Restatements. Galgano (2009) explica:

> Aprecio cierta tendencia de la literatura contemporánea consistente en poner en el mismo plano, como si se tratase de otras tantas propuestas de nuestra legislación, los Principios UNIDROIT de un lado y proyectos de codificación europea de otro, como el proyecto Lando y otros proyectos análogos. Debe quedar bien claro que los Principios UNIDROIT son derecho vigente, como tal aplicado por los laudos arbitrales, mientras el resto de proyectos señalados son solamente propuestas, entre otras cosas privadas de toda oficialidad. Los primeros son la reconocida fuente de cognición de la *lex mercatoria*, cuya fuente de producción es la costumbre. p. 21.

[601] CIDIP-V. § 10.
[602] El tema de la aplicación de la CIC a los Estados y el derecho público ha sido motivo de estudio por parte de Dachenhausen quien considera que la CIC es aplicable a los Estados del mismo modo que lo es a los individuos (p. 106), y analiza cómo el gobierno alemán violó el Tratado de Versalles al rearmarse y cómo esto fue visto como un acto de mala fe (Dachenhausen, T. (1983). *La culpa en contrahendo en el derecho internacional.* Napoles: Giannini, pp. 53-54).
[603] Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación de Panamá, art. 27, del 10 de Julio de 1999.

Los Principios de Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)[604] basan su legislación en la "buena fe*".* Por ejemplo, el artículo 2.1.15 que se refiere a las negociaciones de mala fe dice:

> (1) Una parte es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, una parte que negocia o rompe las negociaciones de mala fe es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) Es de mala fe, en particular, que una parte inicie o continúe negociaciones cuando tiene la intención de no llegar a un acuerdo con la otra parte.[605]

Como hemos visto anteriormente, la RINP se basa en la violación al deber de negociar de buena fe, como claramente lo asevera el artículo 1337 del CC italiano[606].

Asimismo, también observamos cómo el *common law* americano tenía otras figuras aledañas a la PE, cuales son la *misrepresentation*, y la *restitution*, mientras que el *civil law* solamente posee la RINP, aparte de las mutuas figuras como el fraude por supuesto.

Una pregunta que parece que viene como anillo al dedo con respecto a qué cuerpo de leyes internacionales prevalece el uno sobre el otro, o sea, si los principios de UNIDROIT (que reconoce la buena fe en la etapa preliminar de las negociaciones) o del UNCITRAL (que no reconoce la buena fe dentro de las etapas preparatorias), es sobre si ambos cuerpos legales internaciones pueden (¿o deben?) utilizarse complementariamente, bajo el postulado del artículo 1.7 del Unidroit, que manifiesta al referirse a la buena fe y trato justo que[607]: "(1) Cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y el trato justo en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber*."*

Por su parte DiMatteo (1998: 76) piensa que los Principios Unidroit pueden plantearse supletoriamente con los principios del Uncitral. Si bien es cierto esta aspiración resulta atractiva desde un plano teórico, pensamos que tal asimilación puede ser peligrosa en el plano práctico, puesto que un país que por ejemplo haya suscrito el CISG, pero no los Principios Unidroit, puede

[604] Principios de Contratos Comerciales Internacionales (Unidroit). 2004. En adelante "UNIDROIT" o "Principios Unidroit".
[605] Unidroit. §2.1.15.
[606] Esta figura de la buena fe, como ya lo vimos anteriormente, no es un elemento constitutivo del PE.
[607] Unidroit. §1.7.

verse sumergido en un *mare magnum* de interpretaciones sobre la obligatoriedad de usar la buena fe como principio rector en la etapa negocial.

Por otra parte, es importante referirnos al tratamiento de los Principios Unidroit de la obligación de informar. Asimismo, de igual forma que el PECL trató el tema de la confidencialidad y la obligación de confidencialidad en el tramado precontractual, los Principios Unidroit coincidentemente tocan este tema en su artículo 2.1.16, que al referirse al deber de confidencialidad prevé que:

> Cuando la información es dada como confidencial por una de las partes en el curso de negociaciones, la otra parte tiene el deber de no divulgar esa información o utilizarla indebidamente para sus propios fines, se celebre o no posteriormente un contrato. En su caso, la reparación por el incumplimiento de ese deber podrá incluir una indemnización basada en sobre el beneficio recibido por la otra parte.[608]

Como se puede apreciar, los Principios Unidroit coinciden con los PECL en el sentido de imponer la obligación de confidencialidad en la etapa precontractual o de negociaciones, aunque no se concluya el contrato.

4.2. Regulación No. 864/2007 de la Unión Europea (Reglamento Roma II)[609]

Esta normativa del 11 de Julio del 2007 versa sobre el tema de la ley aplicable a obligaciones no-contractuales o, mejor dicho, las obligaciones extracontractuales, dada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea (en adelante "RRII". Asimismo, el Reglamento EC 503/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, del 4 de julio de 2008 (en adelante "Roma I" o "RI"). Ambos Reglamentos se enmarcan en la sección de "Libertad, seguridad y justicia" de la Unión Europea, siendo el primero de los cuales que regula la CIC.

Cabe resaltar la sección 30 del Preámbulo del RRII que claramente se refiere a la CIC de la siguiente forma: "*Culpa in contrahendo a* los efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no necesariamente debe ser interpretado en el sentido de la legislación nacional.

[608] Unidroit. §2.1.16.
[609]Reglamento (CE) núm 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOUE L 199/40). 31 de Julio de 2007.

Debería incluir la violación del deber de divulgación y la ruptura de las negociaciones contractuales. El artículo 12 cubre sólo obligaciones extracontractuales que presentan un enlace directo con los tratos previos a la celebración de un contrato."

Como vemos, el preámbulo de forma paladino explica que la CIC se entrelaza con dos obligaciones en el tramado precontractual, cual es el de la obligación de informar y el referido a las negociaciones contractuales. Sin embargo, la referencia a ambos deberes es de manera pálida y hasta modesta, un poco nublado la referencia al concepto de CIC.

Por su parte, la referencia al artículo 12 del RRII brinda un poco más de luz cuando estipula en sus dos incisos:

> 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual nacida de tratos previos a la celebración de un contrato, independientemente de que el contrato haya sido efectivamente celebrado o no, será la ley que se aplique al contrato o que le hubiera sido aplicable si se hubiera celebrado. 2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base del párrafo 1, será: (a) la ley del país en el que se produzca el daño, independientemente del país en el que haya ocurrido el hecho que dio lugar al daño e independientemente del país o países en los que ocurrieron las consecuencias indirectas de ese evento; o (b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que ocurre el hecho que dio lugar al daño, la ley de ese país; o (c) cuando se desprenda de todas las circunstancias del caso que la obligación extracontractual que surge de las transacciones anteriores a la celebración de un contrato está manifiestamente más estrechamente relacionada con un país distinto al indicado en las letras (a) y (b), la ley de ese otro país.

La mención y referencia que hace el numeral 12 de la Regulación en mención sobre la ley aplicable a los casos de responsabilidad extracontractual en el supuesto de no producirse el contrato por una ruptura de negociaciones preliminares, no hace sino reforzar la idea que el RINP está muy vinculado al tema de la responsabilidad extracontractual, cosa que no lo está el PE[610]. Con esta subsunción normativa del RINP a las normas procedimentales de la responsabilidad extracontractual el concepto del RINP se arraiga en las raíces conceptuales de la responsabilidad

[610] Fernández Pérez comenta al respecto: "La culpa in contrahendo se configura en el art. 12 del RR II como un concepto autónomo que incluye la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. Dicho precepto cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato estableciendo al efecto una conexión principal en el párr. 1, «la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado» y dos conexiones particulares en las letras a) y b) del párr. 2 en caso de que dicha ley no pueda determinarse: la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento en que tiene lugar el hecho generador del daño, o en su caso, a la ley del país en que se hubiera producido el daño directo, con independencia del país en que radique el acontecimiento causal o el hecho generador del daño." (Fernández Pérez, A. (2015). Funciones De Las Cláusulas De Excepción En El Proceso De Localización De La Norma De Conflicto. *Revista Española De Derecho Internacional. Sección Estudios. Vol. 67/2, pp. 83-109*. Madrid, p. 103).

extracontractual donde siempre existe –como planteamiento teórico inicial- la ruptura de un deber, en este caso del deber de negociar de buena fe.

Como si estos numerales fueran poco, el Artículo 2 trae una noción más clara de esta relación que venimos atisbando entre la responsabilidad extracontractual con el RINP. Tal numeral expone:[611]

> 1. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por daño toda consecuencia derivada de un *tort*, enriquecimiento injusto, *negotiorum gestio* o *culpa in contrahendo*. 2. El presente Reglamento se aplicará también a las obligaciones extracontractuales que puedan surgir. 3. Cualquier referencia en el presente Reglamento a: (a) un evento que da lugar a daños incluirá los eventos que dan lugar a daños que es probable que ocurran; y (b) los daños incluirán los daños que puedan ocurrir.

Como se comprenderá, la jerarquía de los torts –que no es sino la responsabilidad extracontractual- queda equiparada con el concepto de la CIC.

Por su parte, algunos autores piensan que los problemas que plantea el artículo 12.1 y 12.2 en la práctica se refieren a la falta de certeza provocada por la incertidumbre del hecho que el contrato no se realice y por lo tanto resulta incierto el lugar cuya ley será la rectora. En ese sentido, Arenas García (2008) opina en este sentido:

> Nunca tendremos la certeza absoluta de cuál sería el derecho rector del contrato en caso de concluirse, aunque nada más sea porque antes de dicha conclusión podrían las partes haber realizado una elección de ley o modificado la que tuviera reflejo en las negociaciones existentes. Ahora bien, tampoco nos encontraremos nunca con una incertidumbre absoluta acerca de la ley del contrato hipotético. Por poco avanzadas que estén las negociaciones siempre existirán elementos que, de alguna forma, permitan aventurar cuál podría ser ese derecho rector. (pp. 17-18).

Una posible solución de la regla 12.1, continúa Arenas (2008: 23), es que la Convención Roma II debería separar y delimitar los escenarios de ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP) de los casos de responsabilidad por vulneración de los deberes de información (que es otro aspecto de la CIC). Y es esto lo que venimos enfatizando y explicando, que la CIC es una especie con dos subespecies derivadas del deber de informar (harto asequible a la

[611] Reglamento (CE) núm 864/2007 §2. 31 de Julio de 2007.

responsabilidad extracontractual) o del deber de negociar de buena fe (que es la médula central de la ruptura injustificada de negociaciones preliminares, RINP, materia de comparación con el PE).

En función a los artículos arriba citados, queda claro que este reglamento se refiere a la CIC y a la RINP, y que, sin entrar en detalles con respecto a las figuras de una u otra institución, explica que la ley aplicable en caso de un contrato o de un "tort" (responsabilidad extracontractual) será la ley del lugar donde se produjo el daño, y en el caso de los negocios preliminares, se entenderá la ley del lugar donde se pudo haber concluido el contrato, pero que se interrumpió, con clara alusión al RINP.

A propósito de este artículo, queda claro que se asume el principio putativo de utilizar la ley donde el contrato pudiera haber desplegado sus efectos. La doctrina de mano de Hage-Chahine (2012) nos trae interesantes escenarios.

> **Primer Ejemplo**: una compañía americana vende sus acciones de una compañía francesa sin informarle que está a punto de paralizar sus operaciones en los Estados Unidos. La compañía francesa demanda a la americana por no haber divulgado esa información material en la etapa pre-negocial que podría haber impactado en el valor de las acciones. De acuerdo a la ley francesa, la compañía americana sería responsable por esta omisión, mas no en el derecho americano que (como lo veremos más adelante) rige el principio del *caveat emptor* (donde no existe la obligación del vendedor de divulgar información a la otra parte: "*let the buyer beware*" o que el comprador se dé cuenta). (p. 453).

En este escenario, se estima que hay un contrato finalizado, y como tal, la responsabilidad precontractual no tiene cabida. Entonces, la ley aplicable para resolver este caso lo encontramos en el artículo 4(1) de la Regulación de Roma que a la letra dice:[612]

> 1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

Otro escenario que nos trae Hage-Chahine (2012) es el siguiente:

> **Segundo Ejemplo**: tenemos el caso de una compañía inglesa potencial vendedor de bienes a una compañía francesa potencial comprador. Durante las extensas negociaciones, la compañía inglesa rompe abruptamente las negociaciones preliminares con la compañía francesa. La compañía francesa entabla una demanda de daños y perjuicios por los daños incurridos durante la negociación a causa de la confianza generada por la compañía inglesa.

[612] Reglamento (CE) núm 864/2007 §4.1. 31 de Julio de 2007.

> Bajo la legislación francesa, la compañía inglesa sería responsable por el daño emergente, mas no bajo la legislación inglesa donde no existe este tipo de responsabilidad por violación del deber de negociar de buena fe. p. 538

En este caso, la ley aplicable es el Artículo 12(1) que es la ley putativa, o sea la lex *contractus putativus*, o la ley que se habría aplicado de haberse concluido el contrato. Es decir, si se hubiera concluido el contrato, la ley aplicable es la del lugar habitual de residencia del vendedor, que en caso es del vendedor. Este resultado podría reputarse como ineficiente e injusto porque podría erigir un obstáculo en la iniciativa de las partes en las negociaciones comerciales. (Hage-Chahine, N., 2012, p. 538).

Finalmente, un tercer escenario que Hague-Chaine (2012) postula:

> **Tercer caso**, una compañía inglesa entra en negociaciones con una compañía americana para que esta última le venda tierra en Alemania. Ya avanzadas las negociaciones, la compañía americana rompe las negociaciones y la compañía inglesa entabla una demanda para recolectar daños y perjuicios por concepto del daño emergente. p. 453.

Este autor piensa que de acuerdo a las legislaciones del demandante (Reino Unido) o demandado (Estados Unidos) el demandante no podría accionar para una indemnización de su interés negativo (daño emergente) dañado, pero que sí lo podría hacer usando legislación de Alemania que permite este tipo de acciones y resarcimientos (Hague-Chahine. 2012, pp. 453-456).

Como este caso no ha concluido en un contrato, entonces la ley gobernante en cuanto a venta de tierras tiene que ser interpretada a partir de la Regulación Roma I, artículo 4(1) que es la ley del país donde la propiedad está situada, que en este caso es Alemania, cuya legislación hace responsable al demandado por romper las negociaciones de mala fe (Hague-Chahine, 2012, p. 538).

El texto del artículo citado (4.1) DE la Regulación Roma I estipula[613]:

> 1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble.

[613] Reglamento No 593/2008 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) §4.1. 17 de junio de 2008.

El problema que surge en estos casos es determinar el lugar donde se produjo el daño, toda vez que la parte demandante interrumpe las negociaciones preliminares en un lugar, pero dichas comunicaciones son receptadas en otro lugar diferente.

De acuerdo a las tradicionales reglas del derecho internacional con respecto a los conflictos de leyes, existen dos pasos a seguir para determinar la jurisdicción del caso: 1º) la categorización o clasificación del hecho en el espectro normativo (*torts*, contratos, matrimonio, sucesión, etc.), y; 2º) la aplicación de la norma que corresponda a la categoría ya determinada. Por ejemplo, en el caso de responsabilidad extracontractual, la norma a aplicarse es la ley del lugar donde se produjo el daño (*lex delicti*), mientras que, para la responsabilidad contractual, es la ley donde se celebró el contrato (*lex contractus*).

Sin embargo, lo que hace el artículo 12 de la Regulación de Roma II es subvertir este esquema y utilizar la ley del lugar donde se negocia el contrato, es decir, la ley putativa contractual (*lex contractus putativus*) donde el contrato se hubiera firmado, según Hage-Chahine (2012, pp. 462-464). Esta caracterización extracontractual de la responsabilidad precontractual va de la mano con la Convención de Bruselas de Setiembre 27, 1968, que es recogido por la Corte Europea de Justicia en el caso *Tacconi*[614], donde expresamente caracterizó de extracontractual la ruptura injustificada de negociaciones preliminares como una responsabilidad extra contractual o simplemente no contractual, tal como lo expone Hage-Chahine. (2012, p. 466).

Ahora bien, con respecto al tema de la CIC, como ya sabemos, hay dos situaciones: la primera se refiere a situaciones que provocan la invalidez de un contrato, como por ejemplo casos de coerción o representación falsa, y otros caos donde se ha violado el deber de divulgar[615] o de informar, en cuyo caso el contrato no hubiera nacido si el hecho dañoso no se hubiera producido.

Entonces de acuerdo con la interacción entre el numeral 12 con el 30 del Reglamento II (arriba reseñados), la RINP puede solucionar el problema porque se alude a casos en los que existe una ruptura injustificada de tratos preliminares.

---

[614] *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik* GmbH (HWS), STJUE 17 de septiembre de 2002, asunto C-334/00 (2002).

[615] En cuanto al deber de divulgar, Kessler menciona el concepto de "responsabilidad por conducta culpable" y el "deber aumentado de divulgar". (Cf. Kessler, F. (1964). Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. *Harvard Law Review, 77, 3,* pp. 448-449).

Ahora bien, estudiemos el caso *Tacconi* que es un caso emblemático para entender cómo funcionan estas leyes. En este caso, el demandante Tacconi entabla demanda una indemnización como reparación del perjuicio que afirma haber sufrido como consecuencia de que la demandada incumpliera las obligaciones de buena fe en el tramo precontractual o negocial previo a un contrato. En efecto, en la Convención de Bruselas, del 27 de Setiembre de 1968, dice en su artículo 5 numeral 3: "Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 3. en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso"[616]

En este caso, la ley que se aplica es la ley donde se produce el daño y no donde se origina el daño. Los hechos son así: El 23 de enero de 1996, Tacconi demandó a HWS ante el *Tribunale di Perugia* con el fin de que se declarara que HWS y la sociedad de arrendamiento financiero *B.N. Commercio e Finanza Spa* ("BN") no habían celebrado un contrato de venta de una fundidora automática que HWS se comprometió a vender a BN, siendo así que BN y Tacconi ya habían celebrado, con consentimiento de HWS, un contrato de arrendamiento financiero que tenía por objeto la citada fundidora automática. Ante la negativa injustificada de HWS de vender tal maquinaria a BN, ésta se vio imposibilitada de completar el contrato de arrendamiento con Tacconi. Según Tacconi, no se había celebrado el contrato entre HWS y BN debido a la negativa injustificada de HWS a proceder a la venta y, por consiguiente, debido al incumplimiento por la citada sociedad de las obligaciones de lealtad y buena fe que debe observar. De esta forma, HWS defraudó la confianza legítima de Tacconi, que había contado con que se celebrara el contrato de venta. Por ende, Tacconi solicitaba que se condenara a HWS a reparar todos los perjuicios que supuestamente le había irrogado, perjuicio cuyo importe evaluaba en 3000 millones de liras italianas.

Según Tacconi, la ley de aplicación (de acuerdo con el numeral 3 del artículo 5 de la Convención de Bruselas) era la del lugar donde se produjo el daño, en este caso el daño se produjo en Italia, por la negativa de HWS de vender la maquinaria automática a BN que le arrendaba al demandante. El Tribunal resolvió a favor de Tacconi, diciendo que la responsabilidad precontractual es una forma de responsabilidad extracontractual. Al usar la ley del lugar donde se

[616] Convención De Bruselas, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (98/C 27/01). §5.3. 27 de Setiembre de 1968.

producía el daño (Italia), entonces Tacconi pudo invocar el artículo 1337 del CC que expone que las partes tienen la obligación de negociar de buena fe y en este caso HWS no había actuado de buena fe de acuerdo a la normatividad del RINP italiano.

Se plantea una cuestión previa para ver si se aplicaba el numeral 3ro del artículo 5 de la Convención de Bruselas, arriba reseñado, que versa sobre responsabilidad extracontractual, o si se debía aplicar el numeral 1ro del artículo 5to que estipula: "Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1. en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador(1)[617];

Entonces, la cuestión previa debía resolver primero si se iba a aplicar la ley del lugar donde se hubiere cumplido la obligación, o la ley donde se produjo el daño.

El Tribunal resolvió diciendo que la responsabilidad precontractual es una forma de responsabilidad extracontractual, y con motivo de ello afirma[618]*:* "En circunstancias como las del asunto principal, caracterizado por la inexistencia de compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra con ocasión de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato y por la eventual infracción de normas jurídicas, en particular la que obliga a las partes a actuar de buena fe en dichas negociaciones, la acción mediante la cual se invoca la responsabilidad precontractual del demandado está comprendida en la materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del artículo 5, número 3, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio de 25 de octubre

[617] Convención de Bruselas, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. 98/C 27/01. §5. 27 de Setiembre de 1968.
[618] *Tacconi v. HWS*, C-334/00, Sentencia del Tribunal de Justicia de Casaciones, 2002/C 274/18. (2002).

de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica y por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa."

Con ello queda aclarado que, para este cuerpo legal, la responsabilidad precontractual está comprendida dentro del sistema extracontractual y no en el contractual.

Nos preguntamos cómo hubiera resuelto el PE el problema de Tacconi. Está clarísimo que HWS tuvo un contrato ya celebrado con BN por el cual HWS se obligaba a cumplir el contrato de venta de una maquinaria, la misma que era el objeto de un arrendamiento financiero entre Tacconi con BN, arrendamiento que era del entero conocimiento de HWS. Ese conocimiento de HWS del contrato de arrendamiento financiero es el que estimula a Tacconi y BN a celebrar las promesas concernientes al arrendamiento financiero. Es decir, tanto Tacconi como BN actúan en detrimento propio al confiar en las promesas de HWS de vender la maquinaria, y ese contrato entre HWS y BN es una promesa en sí para el punto de vista de Tacconi y BN, que son las partes perjudicadas porque la negativa de WHS indujo a Tacconi y BN a actuar en su detrimento. Es por justicia que la promesa de HWS debe realizarse y cumplirse para impedir el daño a Tacconi y BN. Desde el punto de vista del PE se podría llegar al mismo resultado sin necesidad de utilizar la legislación italiana de responsabilidad precontractual que dice que la negativa de HWS de vender la maquinaria a BN es una forma de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares.

4.3. CISG (Convention on Contracts for the International Sale of Goods) o la "Convención de Viena" (UNCITRAL)

En 1964, veintiocho países aprobaron dos convenciones de la Haya, que resultaron en un documento llamado "Uniform Law on the International Sale of Goods" (ULIS), que se traduce como Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes, y el "Uniform Law on the Formation of Contracts of the International Sale of Goods" (ULF), que se traduce como una Ley Uniforme en la Creación de Contratos sobre la Venta Internacional de Bienes. (Goderre. 1997: 257-258).

Como quiera que estas Convenciones de la Haya no tuvieron la aceptación esperada, las Naciones Unidas organizaron una Comisión sobre el Comercio Internacional (UNCITRAL) que incluía 36 países miembros de diferentes regiones del mundo, bajo el entendido de abandonar las Convenciones de la Haya para ganar mayor apoyo internacional. Al final, la Comisión Uncitral combinó ambos cuerpos legales (ULIS y ULF) en una propuesta normativa que la Asamblea

General de las Naciones Unidas lo sometió a aprobación diplomática, donde los miembros no incluyeron una cláusula (buena fe) como lo veremos en el siguiente apartado.

El CISG es la abreviatura de la "Convention on Contracts for the International Sale of Goods" o sea la Convención de Contratos para la Venta Internacional de Bienes, de las Naciones Unidas. Preparada por la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) en 1980, también llamado "Convención de Viena", preparando un cuerpo legal de normas referentes al comercio internacional de bienes (no de servicios).

Como lo veníamos anunciando en el párrafo precedente, la Comisión de las Naciones Unidas trató de superar el problema que habían tenido las dos Convenciones de la Haya (ULIS y ULF) y que al final la Comisión sobre el Comercio Internacional las combinó en un cuerpo normativo que, al ser puesto a consideración de sus miembros, tuvieron que someterlo a su consideración y hacer compromisos. Como fruto de estos compromisos se percibe una gran omisión en el seno de su articulado.

En efecto, la gran omisión que se percibe en la CISG es que no existe un deber de negociar de buena fe en la etapa preparatoria. El principio de buena fe se lo enuncia genéricamente como un principio rector del comercio internacional de bienes.

4.3.1. El principio de buena fe como principio rector del comercio internacional de bienes: el artículo 7.1 de la CISG

El artículo 7 del CISG es el que toma nuestra atención con respecto a la responsabilidad precontractual[619], a saber, dicho numeral estipula[620]: "1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios

[619] Sabbagh-Farshi (2008) menciona que el artículo 7 de la CISG exige que se promueva la buena fe en la interpretación del acuerdo. Sin embargo, también señala que existe desacuerdo sobre si el principio de buena fe también se aplica a las declaraciones y comportamientos de las partes (p. 84).
[620] Convención de las Naciones Unidas Sobre la Venta Internacional de Bienes, Convención de Viena (CISG) §7. 1980.

generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado."

Como se puede comprobar, no existe una obligación de negociar de buena fe en el contexto de la venta internacional de bienes. Pero no solamente eso, sino que no existe la obligación de ejecutar el contrato de buena fe (cosa que sí existe en los principios del *Uniform Commercial Code* UCC del *common law* americano[621], o sea la obligación de ejecutar el contrato de bienes de buena fe). Como veremos en los apartados siguientes, en el UCC sí existe la obligación de ejecutar los contratos de venta de bienes bajo el principio de "buena fe", pero no existe la obligación de negociar dichos contratos bajo la buena fe. Con ello, vemos claramente que el proceso de negociación de la CISG engendró un cuerpo legal carente totalmente del principio rector de la buena fe en la negociación del contrato y en ejecución de éste, con lo cual, la responsabilidad precontractual queda en oscuridad.

Goderre (1997) relata que la resistencia de muchos países a incorporar el principio de la buena fe dentro del artículo 7(1) de la Convención se debió a que dichos países creían que incorporar un principio que dimana o se origina en la moral (cual es la "buena fe") en el cuerpo normativo del CISG (que pretende servir de luminaria para los jueces al momento de interpretar los contratos internacionales) sería inocular a la Convención de incertidumbre e inseguridad. (Goderre. 1997, p. 263).

¿Pero cómo interpretar el mandato de que la buena fe es un principio interpretativo de los contratos en el tramado internacional? Interpretar este artículo que resulta nebuloso, es de difícil y hasta -para algunos- tan ambiguo que resulta casi imposible determinar lo que significa (Nedzel. 1997, p. 21).

Sin embargo, se ensayan tres tipos de interpretación al respecto:

[621] Webster recuerda la Sección pertinente del UCC y menciona:

> La sección 1-102(3) [del UCC] establece que 'las obligaciones de buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado prescritas por esta Ley no pueden ser renunciadas por acuerdo, pero las partes pueden, mediante acuerdo, determinar los estándares por los cuales se medirá el desempeño de dichas obligaciones, siempre y cuando dichos estándares no sean manifiestamente irrazonables'. (Webster, J. (1996). A Pound of Flesh: The Oregon Supreme Court Virtually Eliminates the Duty to Perform and Enforce Contracts in Good Faith. *75 Or. L. Rev. 493, ft 60).*

La primera es una interpretación *strictu sensu*, es decir, una interpretación literal, por medio de la cual el artículo 7.1 se lee tal cual es, es decir, como un principio rector de todo el ordenamiento del comercio internacional, mas no como un mandato de negociar de buena fe.

La segunda interpretación es parecida a la anterior, pero parte del inciso 2 del artículo 7 que habla que cuando exista una laguna en el derecho, se deberá copar dicha laguna a través del uso de principios generales en los cuales está basada la Convención. Y como se piensa que existe un vacío en el inciso 1º del artículo 7, entonces el inciso 2º del artículo 7 entra a tallar y extrae la buena fe como principio general de la Convención e impone el deber de actuar de buena fe (Goderre. 1997, pp. 275-276).

Aunque no queda claro con esta interpretación circular cómo queda el deber de actuar de buena fe, si es que queda como deber en el plano negocial o en el plano de ejecución del contrato ya celebrado. Y una tercera interpretación, impone la obligación de actuar de buena fe directamente a las partes. (Goderre. 1997, pp. 276-277).

El siguiente caso puede resumir e iluminar un poco esta postura: El caso al respecto es un caso francés, *Bonaventure v. Societe Pan African export*[622], en el cual una compañía americana (vendedora) es demandada por incumplimiento de contrato por parte de una compañía compradora francesa por quebrantamiento de contrato en una Corte francesa, porque el vendedor americano (demandado) se había comprometido a comprar los jeans del vendedor americano para revenderlos a sus clientes en Sud América y África, pero en vez de esto los revendió en España, desinformando este extremo al vendedor americano (demandado), el cual, ante la toma de conocimiento de los acontecimientos se rehusó en proporcionar los últimos envíos al comprador francés (demandante), y es demandado por el comprador francés bajo la teoría que el vendedor americano (demandado) había quebrado el contrato al rehusar completar con las entregas. De modo que la compradora francesa demandó (bajo la teoría del incumplimiento de contrato) demandando daños y perjuicios; mientras que la vendedora americana (demandada) contrademandó a la compañía francesa bajo la teoría de que quien había quebrado el contrato era la compradora francesa por cuanto había incumplido una condición esencial conocida por ambas partes cual era la prohibición de revender los productos (jeans) en España. Al final, la Corte utilizó el artículo 7.1 de la Convención y falló a

[622] *SARL Bri Production Bonaventure v. Societe Pan African export, CA Grenoble*, febrero 22, 1995.

favor de la compañía vendedora americana (demandada) bajo la premisa que el principio de buena fe debía gobernar el tramado contractual internacional y que el demandante (comprador francés) había actuado de mala fe por cuanto aun sabiendo que debía revender los productos en Sudamérica y África, procedió a quebrar dicha condición y los vendió en España, en clara contradicción al espíritu del contrato y a la buena fe que inspira el inciso 1ro del artículo 7 de la Convención.

Tras una atenta lectura del caso Buenaventura se entiende que el destino final de la mercancía es una condición esencial del contrato, es decir, el comprador francés sabía perfectamente que la redistribución de los jeans no podría ser en España (donde el mismo vendedor americano ya tenía un mercado cautivo y por ende no tenía sentido competir contra sí mismo), por lo que el vendedor americano accede a contratar bajo la condición expresa de que el comprador francés revenda los jeans a sus compradores sudamericanos o africanos, cosa que no aconteció y por eso la vendedora americana se rehusó a realizar la entrega de los jeans. Estamos ante una teoría de ejecución del contrato, no de una etapa preparatoria de los contratos. La interpretación de la inclusión del principio de la buena fe se da para la ejecución del contrato, pero este extremo no riñe -como lo veremos más tarde- con los principios y mandatos de ejecución de un contrato de buena fe bajo los postulados del UCC.

Lo que queda claro es que, en ambas jurisdicciones, la continental basada en el *civil law* y la americana basada en el *common law*, no tienen inconveniente en cifrar la ejecución de los contratos (de bienes) en el principio de buena fe. Lo que queda todavía en el aire es si la buena fe puede extenderse a la etapa precontractual, y este extremo todavía no está resuelto en el sistema internacional (Goderre. 1997, pp. 278-279).

Conviene precisar que la Corte denegó la demanda de la compañía compradora francesa y declaró fundada la contrademanda de la compañía vendedora americana. Nos sentiríamos tentados a tratar de resolver este caso a través del RINP o del PE, sin embargo, ninguna de estas dos figuras resuelve el problema por cuanto tanto el vendedor como el comprador tenían un contrato válido (compraventa de jeans) bajo una condición expresa (no revender los jeans en el mercado español). Es más, la condición expresa era ampliamente conocida por ambas partes, máxime que la vendedora americana vendía los jeans en España, y era obvio que no podía dispararse en el pie ella misma al contratar con una compañía francesa para que venda su propio producto en su propio mercado. De modo que la condición expresa de que la compañía francesa venda los jeans o los

revenda a sus propios clientes en el mercado Sudamericano o africano era la base de la condición expresa. Es el quebrantamiento de esta condición expresa la que determina el problema, y la Corte, con muy buen criterio resolvió a favor de la compañía americana, en el sentido de declarar que quien quebró el contrato, es decir, la condición expresa, fue la compañía compradora francesa.

Visto desde el punto de vista del *civil law* (o más específicamente el derecho continental), parte de la doctrina piensa que el principio de la autonomía de la voluntad, si bien responde a la economía de mercado, no es un principio absoluto, sino que tiene que ser contrabalanceado por el principio de la buena fe pre-contractual, de modo que se entraría en "un paradigma de contraposición de principios" (García y Otero, 2010, p. 24.)

Es decir, el principio rector de todo tipo de actuación privada se rige por el principio de la libertad de contratar; sin embargo, tal libertad no es libertinaje y existen normas de orden público que obedecen a las convenciones sociales impuestas por ley, siendo una de ellas la de la negociación de buena fe (RINP).

4.3.2. El principio de buena fe como criterio de interpretación: el art. 13 de la CISG[623]

También es necesario revisar el artículo 13 que se refiere al principio de buena fe como criterio interpretativo. Tal numeral 13 de la CISG expresamente manifiesta que: "Esta Convención para la unificación del derecho que rige la compraventa internacional de mercaderías podrá cumplir mejor su finalidad si se interpreta de manera consecuente en todos los ordenamientos jurídicos". Se puso gran cuidado en su preparación para hacerla tan clara y fácil de entender como fuera posible. No obstante, se plantearán controversias sobre su significado y aplicación. Para cuando esto ocurra, se invoca a todas las partes, inclusive los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales, a tener en cuenta su carácter internacional y a promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional**.** En particular, cuando las cuestiones relativas a las materias que se rigen por esta Convención no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que ésta se basa. Sólo a falta de

[623] Convención de las Naciones Unidas Sobre la Venta Internacional de Bienes, Convención de Viena (CISG) §13. 1980. En adelante "CISG"

tales principios se decidirá de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

De nuevo, el artículo 13, al igual que el artículo 7, hace una invocación a la interpretación de la Convención en general, a partir de la buena fe. De esta forma queda claro que el principio de buena fe del CISG ha sido insaculado en los tramados contractuales mas no en la etapa precontractual. Asimismo, al igual que el numeral 7, el CISG no estipula la obligatoriedad de negociar de buena fe, a diferencia del Unidroit por ejemplo. De esta manera, el CISG se condice perfectamente con el Uniform Comercial Code (UCC) americano puesto que el UCC implanta la obligación de ejecutar los contratos de venta de bienes con apego a la buena fe. Repárese en que la obligatoriedad de sujetar el andamiento contractual en su etapa ejecutoria solamente se condice con la buena fe en la etapa contractual mas no en la etapa prenegocial.

4.3.3. Historia del CISG y el dilema eficacia vs. justicia

En la conferencia diplomática de 1980, convocada por la Asamblea General de las Nacional Unidas para trabajar en la redacción de esta Convención, Canadá propuso que el principio de la "buena fe" tenga un carácter no prescindible. La propuesta de Noruega, propuso unir el principio de buena fe al sistema de interpretación del contrato en vez de la interpretación de la CISG, creando un inciso tercero del artículo 7. Por su parte Italia, como era de esperarse, propuso la creación de un nuevo artículo que acoja la buena fe en la etapa de formación, interpretación y ejecución del contrato; postura que fue similarmente reproducida por la República Democrática Alemana en el siguiente sentido: "Cuando en el curso de las negociaciones preliminares en la formación de un contrato, una parte falla en su obligación de un cuidado razonable, la otra parte tiene el derecho a reclamar una compensación por sus gastos." (Spagnolo, 2007, p. 272)

Sin embargo, pese a estas propuestas, la extensión de la responsabilidad precontractual a través de la obligación de buena fe no se vio plasmada en el documento final. La lógica detrás de un cuerpo legal internacional como el CISG era facilitar el comercio internacional creando un cuerpo normativo que atraiga a sus miembros a que lo usen en vez de usar un cuerpo legal doméstico, y evitar, por ende, mayores costos al facilitar la escogencia de este sistema normativo internacional.

El objetivo que busca el CISG es el de uniformidad y predictibilidad en la toma de decisiones, el que se puede ver empañado si se adapta un principio legal que no esté bien definido y tenga un carácter amorfo, como es el principio de la buena fe. Pero, por otro lado, otra corriente doctrinaria piensa que el CISG debería acoger el principio de buena fe como punto de partida de las negociaciones, con lo cual se reducirían los costos en las transacciones internacionales.

Spagnolo (2007) lo expresa de esta manera:

> Por un lado, se dice que los conceptos generales de buena fe "amorfos" generan incertidumbre y confusión sobre el contenido de la CISG. Esto podría socavar la previsibilidad y uniformidad de su aplicación, disminuyendo la capacidad de las partes para asignar riesgos con precisión en las transacciones que regula y aumentando los costos de transacción. A la inversa, se podría argumentar que las obligaciones precontractuales de buena fe ampliarían el alcance de la CISG, lo que mejoraría la uniformidad general y la previsibilidad y, por lo tanto, reduciría los costos de transacción. Claramente, cada lado está empleando diferentes conceptos de eficiencia y uniformidad. (pp. 279-280).

Como se observa, hay argumentos para ambos sectores, tanto para los que promueven una participación de la buena fe, al estilo italiano, embebida en el deber de negociar de buena fe, como para otras posturas individualistas y menos paternalistas, como los EE.UU. por ejemplo, que solamente ven en la buena fe un principio dentro del espectro contractual (del UCC) y no precontractual.

Pero el problema central es determinar cuáles son los beneficios y los perjuicios de introducir un sistema de responsabilidad precontractual derivado del principio de la buena en la antesala contractual, es decir en la etapa de la negociación.

Si por una parte, el beneficio que podría traer la incorporación de la buena fe dentro de las negociaciones sería, por ejemplo, darle mayor ámbito de interpretación a un juez -en el terreno de un litigio sobre el contrato- el efecto adverso que podría tener esto es que las partes podrían retraerse de negociar libremente por cuanto cualquier conducta podría interpretarse como contraria a la buena fe, con lo cual se conseguiría el sentido inverso de lo que trata justamente de lograr el CISG, cual es el de propiciar un clima de mayor amplitud, certidumbre y certeza en el ámbito contractual internacional.

Esto en realidad es todo un dilema para los países, y el tema de los beneficios y perjuicios es, en verdad, infinito. Spagnolo (2007) resume este dilema de la siguiente forma:

> Una cobertura más amplia de la CISG podría aumentar su atractivo, **reduciendo así el tiempo** y los costos involucrados en llegar a un acuerdo sobre la elección de la ley. Una doctrina precontractual de buena fe podría brindar flexibilidad y la confianza de las partes en esta flexibilidad podría **disminuir los costos de redacción** al reducir la necesidad de insertar asiduamente un término contractual para cubrir todas las contingencias. La unidad de la ley del contrato y la ley precontractual contribuiría posiblemente a la **coherencia entre los recursos contractuales y precontractuales**. **La extensión de la buena fe de esta manera mejora teóricamente la eficiencia y la certeza**. Los costos de transacción se reducen debido a una **mayor previsibilidad sobre qué ley se aplica**, una mayor coherencia entre los remedios **y una menor dependencia de múltiples leyes extranjeras.** Además, la extensión de la buena fe se suma a la equidad al otorgar a los tribunales la flexibilidad de distribuir la carga precontractual de manera uniforme cuando los contratos no surgen. (p. 282).

En realidad, esto atributos, garantías, ventajas y posibilidades que Spagnolo (2007) señala en la cita, son aspiraciones que la misma Convención persigue, en el sentido de que tal cuerpo de leyes aspira a convertirse en un instrumento que pueda ser usado por los países integrantes que ya se han puesto de acuerdo sobre las leyes que van a gobernar su accionar. Esa es en verdad la aspiración en un mundo globalizado, el tener reglas de juego claras, justas y eficientes. Sin embargo, el tema de la incorporación de la buena fe en el espectro precontractual no goza de la comunión de opiniones, y por esa razón, el artículo 7 es un ejemplo de tal disonancia.

"Se podría argumentar -continúa diciendo Spagnolo (2007)- que la certeza se vería obstaculizada por una extensión excesiva de la CISG. Al menos un autor ve la buena fe como un problema que debe "minimizarse" para evitar el "caos a largo plazo". A diferencia de muchas otras manifestaciones de buena fe, la falta de disposiciones específicas sobre las cuales anclar la cobertura precontractual de la CISG y la consiguiente dependencia sobre conceptos amorfos de buena fe como base de la responsabilidad podría aumentar la incertidumbre. La preocupación es que la CISG podría generalmente "caer en la generalidad y la vaguedad", con la consiguiente reducción de la previsibilidad de los resultados legales para las partes. Una expansión lenta y gradual de la CISG a través de la buena fe podría exacerbar esta indeterminación. La buena fe en el área precontractual podría dificultar la predicción de cómo interactúa la CISG con la legislación nacional residual. En consecuencia, algunos sugieren que, en general, es preferible recurrir a la legislación nacional al "cañón suelto" de la buena fe." (Spagnolo, 2007, pp. 283-284).

Como se puede apreciar, el clima del dilema que plantea la incorporación de la buena fe como concepto trae ventajas y desventajas. Lo que por un lado se gana al darle más armas a un

juez para interpretar un contrato, o lo que teóricamente se gana al reducir el tiempo de redacción de contratos o de escogencia de un cuerpo legal, por otro lado, se pierde cuando un concepto amorfo, gaseoso y suelto como la buena fe precontractual se incorpora en un cuerpo legal como el CISG.

Y la pregunta que nos hacíamos al principio de este capítulo con respecto a cuál de las dos instituciones (la PE o la RINP) era más justa o más eficiente, se ve reproducido en el CISG en el sentido de examinar si la incorporación de la buena fe en el plano precontractual es justo o eficiente. Y de nuevo nos confrontaríamos con el dilema justicia vs. eficiencia, puesto que para la parte débil de una negociación sería justo un amparo a su confianza, mientras que la incorporación de la buena fe como concepto amorfo y gaseoso lo hace poco eficiente.

Entonces como respuesta al clamor de la parte débil de una negociación, clamor que apunta a la justicia (al menos entendida desde su punto de vista), y haciendo eco a la eficiencia que las partes buscan al evitar términos gaseosos o amorfos, ¿no estaríamos entonces ante la necesidad de juzgar que la PE es más eficiente? Todo parece indicar que sí, puesto que, evitando la incorporación de la buena fe precontractual se evitan los temores a una incertidumbre y se evitan los resquemores de las partes que se podrían privar de negociar; pero por otro lado queda claro que para cualquier parte que ve vulnerada su confianza y su tiempo y esfuerzo al confiar en las promesas de la otra parte, puede muy bien recurrir al PE para que su interés negativo sea resarcido.

Con la PE como figura de la responsabilidad precontractual se alcanzarían ambos objetivos, de justicia y de eficiencia en el tramado comercial internacional, y no sería muy difícil de llegar a acuerdos al respecto, puesto que el *common law* ya tiene el PE como principio en su cuerpo legal, mientras que por su lado el derecho continental se está abriendo poco a poco a la posibilidad de la responsabilidad precontractual, con la única diferencia que sería de dejar a un lado el principio de la buena fe como obligación de los tratos preparatorios. Sin embargo, este extremo lo revisaremos extensamente al amparo de la comparación de casos jurisprudenciales en los posteriores capítulos.

4.4. Principios de Derecho Contractual Europeo (Principles Of European Contract Law: PECL)

Los Principios de Derecho Contractual Europeo son conocidos en el derecho continental como los Principios Lando, cuya influencia viene prodigada por los Principios e UNIDROIT y de

la Convención de Viena, "particularmente desde que aproximadamente 1/3 de los integrantes de la Comisión Lando han participado también en la redacción de los Principios de UNIDROIT." (Perales Viscasillas. 2009, p. 161).

En realidad, nos estamos refiriendo a los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo, trabajo iniciado en los años ochenta por el profesor Ole Lando, cuya misión era la de homogeneizar el Derecho contractual de la Comunidad Europea, pretendiendo armonizar el derecho en materia de obligaciones y contratos ("Principios" o "PECL").

Haciendo un poco de historia, Palao Moreno (2023) nos cuenta que a mediados de la década de 1970 durante un seminario en Copenhague nace la idea de lo que con el tiempo se convertiría en el Convenio de Roma de 1980 acuñándose la frase "necesitamos un Código de obligaciones europeo". A partir de este momento, un grupo de juristas liderados por el Profesor danés Ole Lando se embarca en el proyecto de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PDCE), comúnmente llamado Comisión Lando, y que consta de tres partes (la primera publicada en 2000 y la tercera en el año 2003) (Palao Moreno. 2023, p. 1148).

Estos principios no tienen fuerza vinculante, y son simplemente un trabajo interesante para servir de preludio a un futuro Código Civil europeo. Algunos autores piensan que se puede equiparar este trabajo de los Principios con los Restatements del Common Law americano, en el sentido de que ambos son "*soft law*", es decir, son ciertas guías no vinculantes para las partes (Kottenhagen, 2006, pp. 86-87).

No estamos muy inclinados a compartir ese punto de vista en su totalidad, puesto que el Segundo Restatement de los Contratos de 1981, si bien es cierto es un "*guideline*" o sea una guía, "rige" como guía para todo el mundo del *common law* americano; mientras que los Principios Lando o PECL no han sido aceptados en tu totalidad por la Comunidad Europea como "guidelines."

En lo que existe consenso es en que los proyectos del Profesor von Bar o del Profesor Lando (PDCE) o hasta los Principios UNIDROIT (PCCI) son calificados como *soft law*, o sea "textos normativos que no tienen fuerza de obligar en sí misma, lo que facilita su actualización y revisión, sino que dependen para su eficacia del acuerdo de las partes, a diferencia de otros instrumentos como las Convenciones o los Tratos Internacionales, que una vez producida su

incorporación al derecho interno y dándose sus condiciones de aplicabilidad resultan inmediatamente aplicable a una transacción salvo que las partes deciden excluirlos, tal y como sucede con la Convención de Viena de 1980" (Perales Viscasillas, 2009, p. 161).

Sin embargo, revisemos algunas secciones que parecen interesantes a nuestro tema. Para empezar, revisemos el artículo 1:201 claramente especifica:[624]

> Buena Fe y Trato Justo: (1) Cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y el trato justo. (2) Las partes no pueden excluir o limitar este deber." Ahora veamos el numeral 2:301 del PECL, que dice[625]: "Responsabilidad por negociaciones: Negociaciones contrarias a la buena fe: (1) Una parte es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, una parte que haya negociado o **interrumpido negociaciones en contra de la buena fe** y el trato justo es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) Es contrario a la buena fe y al trato justo, en particular, que una parte inicie o continúe negociaciones sin una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte.

Este último artículo trata de la responsabilidad precontractual vinculando la responsabilidad al tema de la violación a un deber de negociar de buena fe entendido como la lealtad y el trato justo. Se pueden encontrar la teoría de la libertad para negociar del inciso 1 o subsección 1 en el derecho inglés, alemán, francés y holandés.

En cuanto a la sección 2, vemos un reflejo del derecho italiano, de la ruptura injustificada de negociaciones preliminares, e impone tácitamente la obligación de negociar de buena fe, cuyo rompimiento da lugar a un resarcimiento a la parte perjudicada. Tampoco hay un equivalente, como sabemos, en el derecho inglés, y mucho menos en el derecho americano. Algunos autores piensan, en cuanto a este subnumeral, que el derecho alemán y francés tienen una figura similar; sin embargo, no hemos podido comprobar tal aserto, ya que el derecho alemán o francés no poseen, como sí lo tiene el derecho italiano, un artículo específico que imponga la obligación de negociar de buena fe (Kottenhagen, 2006: 88).

Por su parte, el tema de la violación o la ruptura de la confidencialidad es un tema contractual, pero pudiera ser un tema precontractual si en el tramado de las negociaciones

[624] Principios De Derecho Contractual Europeo (PECL) § 1:201. 2000. En adelante "PECL".
[625] PECL § 2:301. 2000.

preliminares una de las partes desliza información a la otra parte sobre la cual tiene una legítima contemplación de privacidad. Así, el artículo 2:302 especifica:[626]

> Violación de la Confidencialidad: "Si una de las partes proporciona información confidencial en el curso de las negociaciones, la otra parte tiene la obligación de no divulgar esa información ni utilizarla para sus propios fines, ya sea que se celebre o no un contrato posteriormente. El remedio por el incumplimiento de este deber puede incluir la compensación por la pérdida sufrida y la restitución del beneficio recibido por la otra parte.

Como vemos, el tema de la responsabilidad precontractual es delimitado claramente por el PECL en los antecedentes artículos, y muy vinculado al tema de la observancia de la buena fe y el trato justo en la etapa de formación del contrato.

4.5. Marco Común de Referencia (MCR)[627] o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)

El Marco Común de Referencia Europeo es un proyecto académico, resultado de la investigación del *Study Group on a European Civil Code* (grupo Von Bar) y el *Research Group on European Community Private Law* (Acquis Group). El Study Group funciona desde 1997 bajo la dirección del profesor Christian von Bar, que formuló "los diferentes capítulos en que se dividirá e; hipotético futuro Código Civil (CC) (Perales Viscasillas, 2009, p. 159.)

Como vemos, un gran desafío para la Unión Europea, como lo venimos percibiendo, en el espectro del Derecho contractual privado es la coherencia de un Derecho europeo. Es así que en el año 2003, la Comisión europea promulga un "Plan de Acción", que "consiste en una serie de medidas que se englobaran en el llamado MCR o marco común de referencia" (Perales Viscasillas. 2009: 159) que, "por primera vez, se pretende llevar a cabo una regulación conjunta y sistemática del Derecho contractual con la finalidad de crear principios, definiciones y reglas susceptibles de generalización." (Schulze, 2009, p. 50.)

Como fruto de este Plan de Acción cuyo objetivo era la redacción del MCR, cuyo primer borrador estaba listo en el 2007, y donde surgen dos importantes grupos de trabajo que aglutinan

[626] PECL §2:302.
[627] En inglés *Draft*

juristas de talla internacional: el *Study Group* (liderado por Christian Von Bar) y el Acquis Group (liderado por Hugh Beale) (Schulze, 2009, p. 50).

Sin embargo, veinte años atrás, el Profesor Ole Lando había liderado otro grupo de trabajo cuyo objetivo era la creación de Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), a partir de un estudio comparativo de los ordenamientos jurídicos nacionales. En atención a ello, Schulze (2009) nos narra: "Los principios comunes se obtenían a partir de la comparación entre ordenamientos jurídicos, o bien, cada vez con mayor asiduidad, a base de seleccionar la que podría ser considerada la mejor solución, aunque no fuera común o acaso ni siquiera una solución mayoritaria" (p. 52).

Es decir, se trató de un trabajo básicamente intelectual, o hasta en algunos casos de carácter especulativo. Pero este MCR no está exento de críticas, las que guiarán a la consecución de un mejor derecho para la Unión Europea, donde Schulze (2009) sentencia: "A lo largo del año 2008, el desafío para los juristas europeos es el análisis crítico del MCR y la realización de propuestas de mejora" (p. 61).

Los artículos que interesan al respecto lo encontramos en el artículo 3:301 que se refiere dentro de los deberes de negociación y confidencialidad a las negociaciones contrarias a la buena fe y al trato justo[628]:

> (1) Una persona es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo. (2) Una persona que participa en negociaciones t**iene el deber de negociar de buena fe y un trato justo y de no romper las negociaciones que sean contrarias a la buena fe y al trato justo. Este deber no puede ser excluido ni limitado por contrato.** (3) Una persona que incumpla el deber es responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte por el incumplimiento. (4) **Es contrario a la buena fe y al trato justo, en particular, que una persona inicie o continúe negociaciones sin una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte**. [El subrayado es nuestro].

Como vemos, esta sección se enfoca en la parte promitente y en su intención psicológica. Esta sección tiene por objetivo llenar los vacíos o lagunas de las que adolecen los ordenamientos codificados (De Angel Yágüez, 2014, p. 42).

[628] Marco Común de Referencia Europeo. (MCRE). § 3:301. 2009. En adelante "MCRE".

El principio de buena fe ex una extensión del principio contractual (que gobierna la formación, cumplimiento y ejecución del contrato, así como el ejercicio de los derechos de cada parte) al sector precontractual. (Jiménez Buendía, J. (2016, p. 332).

De modo que necesariamente el principio de actuar de buena fe durante la etapa precontractual acarrea como correlato lógico el epíteto del negociador de "mala fe" al momento de escudriñar la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (Coderch y García-Micó. 2020, p. 33).

Con ello, se pretende penalizar a la parte culposa y se impone un requisito probatorio extra o adicional (que es el de probar la mala fe), a contrapelo del PE que no dispone probar este requisito sino solamente centrarse a estudiar si el promisario actuó en detrimento propio al confiar en las representaciones del promitente.

El peso de la teoría de la CIC, y en especial su hija legítima que es la RINP, descansa en la elaboración mental y en la intención que tiene la parte promitente. Es más, la subsección cuarta explica "en particular" (como un caso particular, pero no exhaustivamente) que un ejemplo de mala fe es entrar a la mesa de negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo. Como vemos, la diferencia entre del RINP con la PE es que el PE centra el punto de gravedad en la confianza que el promisario deposita en la palabra o en la representación del promitente y en el cambio de acción o en la inacción que el promisario experimenta a consecuencia de esa confianza depositada en la palabra o en la representación. Es decir, el PE no solamente observa la intención de la parte promitente, sino en el nivel de confianza que la parte promisoria manifiesta con su acción o inacción en confianza (*detrimental reliance*) en tal manifestación.

En esencia, el principio del estoppel (PE) abarca dos aspectos fundamentales. Por un lado, implica la representación, mientras que, por otro lado, enfatiza la confianza en dicha representación, lo que lleva a un cambio de actitud basado en esa confianza. Además, en relación con el Artículo 3-301, cualquier persona que participe en negociaciones sin la intención de llegar a un acuerdo podría ser considerada como actuando de mala fe. Esta aproximación se percibe como excesivamente intrusiva y autoritaria. Las partes deberían tener la libertad de llevar a cabo negociaciones según lo consideren apropiado, a menos que una de las partes actúe o se abstenga de actuar en su propio detrimento basándose en una promesa o representación, lo cual se ajusta al espíritu del PE.

Este artículo es muy parecido al artículo 2.15 del Unidroit arriba reseñado. La doctrina explica con respecto a este artículo que "la expresión latina *culpa in contrahendo* no aparece en el borrador y no hay ninguna referencia explícita al fundamento jurídico de la misma, esto es, no puede decirse que tenga un fundamento contractual o no contractual. (Tomás Martínez. 2010: 195.)

Un aspecto interesante de estudiar en este respecto es que el *Common Frame Reference* solamente aluden al debe de negociar de buena fe, al estilo del CC italiano que recepta el RINP, pero no alude al "Overact" del PE, es decir, no alude a que la parte inocente (ajena al vicio) debe realizar una acción u omisión en confianza de las promesas vertidas por el promitente, y que dicha inducción le genera un daño que es resarcible. Esta parte no está clara en la redacción de esta propuesta legislativa. Con ello, se deduce ampliamente que el PE es mucho más claro y eficaz en su contenido doctrinario. Estamos viendo el punto de vista doctrinario, puesto que luego veremos la comparación jurisprudencial del RINP con el PE.

De otra parte, analizando en su integridad el DCFR, el capítulo 3 del libro 2 contiene muchas reglas de protección al consumidor donde las compañías y las corporaciones tienen la obligación de informar al consumidor sobre las cualidades que el producto o servicio tiene, bajo sanción de nulidad[629]. Estos deberes de información precontractual forman parte de la CIC, pero no de la RINP, por lo tanto, derivamos estas reglas a las normas que tanto el *civil law* como el *common law* comparten sobre las reglas de protección al consumidor, reglas que no son materia de nuestro análisis comparativo entre la RINP (hija de la CIC, pero no hija única) y la PE.

El tema que nos convoca, como venimos afirmando y lo corrobora la sección 3:301 del Libro 2, anteriormente citado[630], y es clarificado en los comentarios del DCFR o del MCRE que explica que el "deber de negociar de buena fe" no es una obligación, pero sí un deber. Esta distinción resulta un poco abstrusa en la parte de los comentarios[631], porque una obligación en realidad es un deber que nace a consecuencia de la imposición de un mandato del orden público, pero parece que los comentarios tratan de explicar que ante un quebrantamiento de una negociación de buena fe, la parte afectada (inocente) no tiene el derecho a actuar de mala fe solamente porque

[629] Podhalicz (2015) opina: "No cabe duda de que la responsabilidad por daños y perjuicios bajo culpa in contrahendo en el sentido del derecho civil y privado es una sanción por el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe" (p. 256).
[630] MCRE, §3:301.
[631] PECL §3:101.

la parte promitente actuó de mala fe en la parte precontractual, y tampoco le da derecho a la parte afectada a entablar una acción legal por rendimiento específico in natura (*specific performance*).

Una parte interesante de los comentarios es referida a la ilustración 5 de esta sección donde se enfoca en los daños que la parte afectada puede recuperar en el sentido de extender la indemnización a las oportunidades perdidas como el caso que se ilustra en el ejemplo 5[632] donde una empresa X que confecciona ropa entra en negociaciones con una empresa A para adquirir cierta marca de ropa, pero luego viene la compañía B prometiendo la misma ropa a menor precio. Cuando X entra en negociaciones con B, luego X descubre que B no tiene el derecho de propiedad intelectual sobre la marca de ropa y por lo tanto no concreta el negocio con "B" pero ya X perdió la oportunidad de negociar con A. Para el DCRF esta pérdida de oportunidades es parte de la indemnización y del daño negativo, pero no para solicitar el fruto o los beneficios que X pudiera haber gozado de haberse concretado el negocio con A sino para reclamar sobre los gastos perdidos y daños por la oportunidad perdida.

En realidad, el DCRF no brinda mayor información sobre la distinción entre la indemnización a la que la parte inocente o afectada tiene derecho a consecuencia de esta ruptura de negociaciones preliminares en el sentido de limitarla solamente al interés negativo o de confianza (incluyendo la oportunidad perdida) y el interés positivo que es el de cumplimiento (que está reservado al asunto de la responsabilidad contractual y el quebrantamiento de un contrato, ante lo cual procede la acción para recobrar el lucro cesante o el "specific performance"). Pero un aspecto interesante que trae el DCFR es el ejemplo de la ilustración 4 referido a la base de la responsabilidad, y narra como ejemplo el caso del *common law*, que lo veremos posteriormente, referido a *Red Owls* donde un empresario realiza gastos de viaje confiado en la promesa de obtener un contrato de franquicia, no solamente gastando dinero al cerrar su propia empresa y movilizarse con su familia a otra ciudad para abrir el negocio, sino también los gastos al prestarse dinero para comprar la franquicia de Red Owls para luego concluir que *Red Owls* no quiere negociar[633]. De todas formas, este ejemplo del *common law* que el DCFR lo toma como ilustración, tiene un centro de gravedad distinto al del DCFR por cuanto para el *common law* la obligación o el deber de negociar de buena fe no existe, pero la base de la responsabilidad precontractual nace de la

[632] MCRE, §II.-3:101.
[633] MCRE. Ilustración 4 del numeral §3:301.

conjugación de la confianza depositada por la parte afectada en las promesas dadas por la parte promitente y el cambio de actitud de la parte afectada que cambio de posiciones en detrimento propio. Como veremos, este centro de gravedad en el *common law* es más justo y más eficiente que el del DCFR que centra la atención en la obligación de negociar de buena fe.

Por otro lado, los Principios del Derecho Contractual Comunitario ("*Acquis Principles*") son parecidos a los Principios del *Study Group*, y guardan una semejanza parcial en cuanto a las materias cubiertas en el espectro contractual, aunque sistemáticamente los *Acquis Principles* son un mosaico incompleto y provisional de reglas. (Amayuelas, 2008, pp. 211-218).

En todo caso resaltamos el numeral 2:103 que se refiere a las negociaciones contrarias a la buena fe en el siguiente sentido[634]: "(1) Una parte es libre de entrar en negociaciones y no es responsable si no se alcanza ningún acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que ha llevado a cabo o interrumpido las negociaciones de manera contraria a la buena fe es responsable por los daños causados a la otra parte. (3) En particular, una parte actúa de manera contraria a la buena fe cuando inicia o continúa las negociaciones sin la intención real de llegar a algún acuerdo."

Es clara la sintonía entre los *Acqua Principles* con los Principios del *Common Draft*, ambos insaculan la obligación o el deber de actuar o negociar de buena fe en el tramado precontractual con lo cual involucran el principio de la buena fe dentro de la etapa negocial, lo cual difiere, como lo venimos reseñando del PE.

4.6. Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Derecho Privado (Pavia, Italia)

Es un trabajo de un grupo de estudio liderado por el Profesor Gandolfi para la unificación del derecho civil europeo, que contiene algunos artículos dedicados a la responsabilidad precontractual, publicado el 1ro de junio de 2009. El trabajo estuvo inspirado en la creación de un CC para toda Europa a partir de los proyectos de Código de los Profesor Harvey Mc Gregor y el Código Civil italiano.

[634] Principios del Derecho Contractual Comunitario ("ACQP). §2:103. 2003. En adelante "ACQP".

Es importante analizar el artículo 6 que habla sobre el deber de protección dentro del título II, sección 1[635]:

> 1. Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, **salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe.**
>
> 2. **Obra contra la buena fe** la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato.
>
> 3. Si en el curso de los tratos las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ello se prevé una eventual conclusión, la **parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado.**
>
> 4. En los casos previstos en los párrafos precedentes, la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos a que ésta última se ha obligado en el curso de las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación de un contrato, así como de la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes.

Como vemos, este artículo tiene una inspiración en el numeral 1337 del Código Civil Italiano[636], receptor del concepto idea de la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP), hija legítima de la CIC[637].

De otra parte, en cuanto a los deberes de información, que es una rama de la CIC (rama diferente a la RINP, pero muy consonante con el principio de las obligaciones extracontractuales o torts), vemos el tenor del numeral 7 que dice[638]

> 1. En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo.
> 2. En caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o queda afectado de nulidad, la parte que ha obrado **en contra de la buena fe** responde ante la otra en la medida prevista en el párrafo cuarto del artículo 6. Si el contrato ha sido concluido, queda obligada a restituir la suma recibida o a satisfacer la

[635] Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Derecho Privado Europeo. (CEC). §6. 1 de junio de 2009. [El subrayado es nuestro].
[636] CCI. §1337.
[637] Pardolesi menciona la obligación de buena fe en los artículos 1337-1338 del Código Civil. Esta obligación se impone a una o más personas en relación con otra u otras personas. (Pardolesi, P. (2011) El Estoppel Promisorio, La Promesa Unilateral Y la Culpa En Contrahendo: ¿Relaciones Peligrosas? *En Seminario de Derecho Privado Comparado de la Universidad de Bari Aldo Moro, Facultad de Derecho en Toronto*. Bari: Cacucci Editore, pp. 381-382).
[638] Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Derecho Privado Europeo. (CEC). §7. 1 de junio de 2009. [El subrayado es nuestro].

indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de impugnar el contrato por error.

Una atingencia importante de destacar es el inciso 2 de artículo 2 referido al deber de informar. Esta parte guarda concomitancia con el CIC que -entre muchos aspectos de su amplia aplicación- la referida al deber de información. Este deber no está incrustado en el sistema del *common law* que es embebido por el principio del *caveat emptor* (que el comprador se dé cuenta), a menos que exista una relación fiduciaria[639] entre las partes contratantes, como por ejemplo una persona que solicite un préstamo hipotecario donde el banco o la empresa financiera tiene la obligación de entregar la información anticipada de acuerdo a las leyes del derecho inmobiliario y financiero, o cuando existe otro tipo de relaciones con profesionales como abogados[640], médicos, arquitectos, dentistas, etc., donde tales profesionales tienen la obligación de informar al cliente sobre las consecuencias del futuro actuar, de acuerdo al derecho normativo[641]. Sin embargo, en el plano comercial entre dos entes privados, no existe obligación de informar (a tenor del CIC), o la obligación de negociar de buena fe (de acuerdo al RINP[642]). Con ello el *common law* pretende que las transacciones sean más agiles. Este punto lo volveremos a estudiar en los próximos capítulos.

Pero el deber de informar es útil cuando un consumidor adquiere un producto vendido por una compañía, por cuanto la empresa tiene la obligación de informar fidedignamente y no engañar al consumidor ni inducirle a error por acción u omisión. Así lo informa la doctrina, en la figura de García y Otero (2010): "Así se reconoce en muchos de los textos a los que hemos tenido ocasión de hacer referencia, particularmente cuando, como sucede en los contratos con consumidores, los conocimientos de las partes en la etapa prenegocial no son homogéneos por la distinta posición que ambas tienen respecto al acceso a la mentada información, de modo que el establecimiento de tal tipo de deberes pretende reequilibrar la original asimetría informativa" (pp. 29-30).

---

639 Loges analiza el tema de la "Vertrauenshaftung" (responsabilidad fiduciaria), que implica la obligación de revelar información que es importante para la decisión de la otra parte de entrar en un contrato. Esto sugiere que las tergiversaciones son relevantes para la culpa in contrahendo (Loges, R. (1991). *La justificación de las nuevas obligaciones de declaración y la idea de protección de la confianza legitima.* Berlín: Duncker y Humblot, p. 39). Sin embargo, Ferro (1999) contrasta el término italiano "responsabilidad" con el término alemán "Haftung", argumentando que este último se traduce más exactamente como "garantía" (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, p. 128).

640 En el contexto de una relación fiduciaria legal, Norton destaca el "estándar de cuidado" que un abogado debe a un cliente, que impone un deber de investigar las representaciones de hechos hechas por un adversario. (Norton, E.H. (1989). Bargaining and the Ethic of Process. *64 N.Y.U. L. Rev.* ft 227).

641 Este "estándar de cuidado" es destacado entre acreedor y deudor por Magnus. (Ver Magnus, U. (2006). German Contract Law in The International Arena: A Review of The German Law of Contract: A Comparative Treatise. *81 Tul. L. Rev*. pp. 565-566*).*

642 Goderre nos recuerda que la doctrina alemana de "culpa in contrahendo", que significa "culpa en la negociación" sostiene que las partes contratantes tienen el deber de actuar de buena fe durante las negociaciones, de modo que una parte que actúa de manera indebida al impedir la culminación de un acuerdo es responsable ante la parte lesionada. (Goderre, D. M. (1997). *I*nternational Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability Under the United Nations Sales Convention. *University of Cincinnati Law Review, 66,* pp. 266-267).

Entonces no confundamos el principio del *caveat emptor* del *common law* (que el comprador decida) con el deber de informar de las empresas frente a los consumidores. Como lo venimos precisando, el tema de los derechos de los consumidores es universal y uniforme, y es justamente donde los consumidores tienen derecho al acceso de información fidedigna y certera sobre el producto a adquirir.[643]

Otra atingencia importante a realizar es la referida a que los temas sobre el dolo, el error, la representación falsa, o la inducción al error o al fraude, son temas que tampoco pueden confundirse con el deber de información de las compañías frente a los consumidores; porque una cosa es que una compañía no informe sobre las cualidades de su producto y otra cosa es que informe de manera incorrecta y otro aspecto diferente es que informe con conocimiento que la información que está proporcionando es errada y con ello no hace sino inducir a la otra parte al error. "Tampoco es pacifica la respuesta que ha de darse ante la violación de los citados deberes, la cual además puede concurrir con otras instituciones como las derivadas de los vicios del consentimiento o del incumplimiento" (García y Otero, 2010, pp. 29-30).

Otro aspecto interesante de antora con respecto al deber de informar a la otra parte es el referido a la posibilidad de que una parte pueda negociar simultáneamente con otras partes sin necesidad de exponer este tema al otro posible contratante, pues la doctrina ve que no existe una violación al deber de información el omitir que una parte tiene tratos simultáneos con otras partes, pero lo que doctrina piensa que es inadecuado es hacer creer a la otra parte que esa parte es la única y exclusiva parte contratante cuando en realidad existen múltiples negociaciones con otras partes. Luego continúa García y Otero (2010):

> Incluso se aprecia que una parte no tiene por qué informar espontáneamente a la otra sobre la existencia de negociaciones paralelas, pues la existencia de estas suele ser la situación más normal en una economía de mercado. No obstante, tal vez la afirmación debería ser matizada en función de la situación de las partes y el tipo de negocial. En todo caso, resulta contrario a la buena fe hacer creer erróneamente a la otra parte que la negociación es exclusiva (pp. 33-41).

En ese último extremo, siguiendo el hilo de pensamiento, entonces habría otro tipo de violación cual es al deber de negociar de buena fe por inducir a la otra parte negociadora a creer que esta parte es la única y exclusiva en el proceso de negociación. Pero la violación al deber de

[643] Nunes Fritz cree que la CIC incluye esa "asimetría de información" o "ventaja de conocimiento" (Nunes Fritz, K. (2018). *La culpa in contrahendo en el derecho alemán y brasileño. Un régimen precontractual basado en el derecho alemán de obligaciones*. Berlin: Walter de Gruyterp, p. 66.

negociar de buena fe es un subtipo de CIC siempre y cuando existe una ruptura injustificada de negociaciones preliminares. Esto sucede en el *civil law*, pero en el *common law*, la inducción a error a la otra parte genera responsabilidad por daños, o la restitución.

4.7. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó el 18 de noviembre de 1989 la Resolución AG/Res XIX-0-89, nos narra Aguirre Andrade (2006):

> Por la cual en su párrafo cuarto acordó deliberar sobre contratación internacional y ser ésta incluida en el temario de la futura Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privada. Llevada a efecto en 1994, en Ciudad de México, dicha conferencia aprobó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, también conocida como Convención de México o por sus siglas, CIDACI. (pp. 68-69).

Un aspecto importante resaltar de esta Convención es el carácter supletorio que tienen los Principios Unidroit que aplicarían si las partes no hubieren elegido el derecho aplicable. Así lo establece el artículo 9 de la CIDACI expone:

> Artículo 9.- Si las partes no hubieren elegido el derecho aplicable, o si su elección resultare ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.[644]

Por su parte, el artículo 10 del CIDACI no hace sino refrendar el carácter de *lex meratoria* que se le ha brindado a los Principios Unidroit, que son la fuente de inspiración de la Convención al estipular:

> Artículo 10. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.[645]

[644] Resolución AG/Res. 963 de la Organización de Estados Americanos (XIX-0-89), §9. 13 de noviembre de 1989.
[645] Resolución AG/Res XIX-0-89, §10. (1989).

Con respecto a este asunto, ya lo señalamos anteriormente con respecto al principio de la buena fe en los Principios Unidroit, donde explicábamos que este extremo de la buena fe como pilar fundamental el RINP no lo es para el PE de modo que este punto no es un tema zanjado en el derecho internacional privado. Sin embargo, si pudiésemos comparar el deber de negociar de buena fe como principio negocial y su consecuente correlato de que la mala fe negocial conlleva a la indemnización de los danos sufridos por la parte inocente, podríamos comparar este RINP con otras figuras del *common law* como el fraude o la misrepresentación, por ejemplo, pero no con el PE, ya que el PE no cobija en su seno la obligación de negociar de buena fe.

4.8.- El Proyecto de Código Civil Europeo del Profesor Mc Gregor[646]:

En el año 1965 el Parlamento Británico creó una Comisión Legal para codificar un Código de los Contratos, el proyecto estuvo liderado en su integridad por el Profesor de la Universidad de Oxford Harvey McGregor[647].

Un artículo interesante de su obra, lo encontramos en el numeral 19, referido a la revocación, que a la letra dice:

> Artículo 19:
>
> (1) Una oferta puede ser revocada excepto cuando:
>
> a). por los términos expresos de la oferta, o
>
> b). Por implicancia de otras circunstancias, las negociaciones preliminares, las prácticas que las partes han establecido entre ellos o las costumbres y usos aplicables a sus relaciones.

En cuanto al concepto de aceptación, el artículo 22 lo refiere en los siguientes términos:

> Artículo 22:
>
> 1) La aceptación de una oferta es el asentimiento del destinatario a sus términos, unido, cuando es relevante, a la promesa expresa o implícita por parte del destinatario de cumplir toda obligación que pueda incumbirle a consecuencia del contrato celebrado.
>
> 2) Aunque el asentimiento no sea expreso, podrá inferirse:
>
> a) si los términos de la oferta requieren o permiten como señal de asentimiento la ejecución, y el destinatario comienza o continúa la ejecución con intención de

[646] Cfr. Mc Gregor, H. (1993). *Contract Code. Drawn Up on Behalf of the English Law Commission*. Universidad de Pavia-Italia: Giuffre Editores.

[647] Con respecto a la idea de crear un Código Civil Europeo, Lando (2006) expresó su opinión en el siguiente sentido: "Sin embargo, el derecho comercial sigue siendo una ley nacional y existe una gran resistencia a la idea de establecer un Código Civil Europeo de fácil acceso. Dado este escenario, es cada vez más importante que las leyes y códigos nacionales, sobre todo los relacionados con los contratos, sean accesibles a los extranjeros." (p.8).

aceptar, o,
b) si el destinatario de la oferta obtiene provecho de una conducta ofrecida que tuvo oportunidad razonable de rechazar.

En general, como expone De Ángel Yágüez (2010), el proyecto de Mc Gregor:

> No contiene reglas de carácter general acerca de los deberes que recaen sobre las partes en la negociación del contrato (buena fe, información, confidencialidad, etc.), pero son numerosas las referencias a *criterios indeterminados,* a los que tan proclive es el pensamiento jurídico del *common law;* por ejemplo, lo que resulte *de las circunstancias,* lo que se conoció o lo que *pudo haber sido razonablemente conocido,* la comunicación *inmediata* de una decisión, etc. (p. 614).

No obstante, el numeral 572 contiene una provisión referida a la obligación de informar:

Artículo 572:

> Cuando, en el establecimiento de un contrato, una parte una parte se encuentra en una relación de confianza con la otra o el contrato es aquél donde la otra parte le asegura contra un riesgo determinado, y no le informa de los hechos conocidos por él que son materiales al contrato o al riesgo, el contrato no es exigible a la otra parte, y puede reclamar la restitución de los beneficios otorgados por él mismo (Mc Gregor, 1993, pp. 233-234).

5. Conclusiones

1. La responsabilidad precontractual en el civil law, o más específicamente, la culpa in contrahendo, puede reducirse a tres vertientes fundamentales. Estas son: el deber de cuidado, que se originó a partir del caso Linóleo y se basa en la perspectiva doctrinal de Windscheid, que se asemeja a la responsabilidad extracontractual en el *common law*; el deber de informar, que guarda similitud con la noción de *misrepresentation* en el *common law* y que tiene sus orígenes en el Digesto; y el deber de negociar de buena fe, conocido también como ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP), que con la integración del dolo al concepto de CIC lo convierte en un *dolus in contrahendo* o una ruptura "*maliciosa"* de negociaciones preliminares.

2. La primera vertiente de la CIC, como se evidencia en el caso del linóleo, que surge debido a las deficiencias del código alemán, resulta innecesaria y poco apropiada para aplicar una referencia contractual en tratos preliminares que exige la CIC. En su lugar, el sistema extracontractual español, o del common law (al igual que el sistema romano del Digesto) puede resolver este tipo de casos a través de la doctrina del deber de protección extracontractual.

3. En resumen, podemos concluir que tanto el sistema extracontractual del *common law* como el del derecho civil español pueden resolver situaciones de negligencia prescindiendo de la primera vertiente de la CIC. Esto se debe a que ambos sistemas, a diferencia del sistema alemán, comparten similitudes con el sistema romano de responsabilidad extracontractual y pueden abordar casos de negligencia a través de la violación del deber de cuidado sin necesidad de recurrir a la estructura de la CIC que reconduce a los tratos contractuales preliminares como plataforma fontanal.

4. La segunda vertiente de la CIC, el deber de informar, tiene sus raíces en el Digesto en el *civil law*. Por otro lado, en el common law, esta vertiente ha sido aceptada por el orden público en muchas legislaciones que se refieren a situaciones donde una de las partes tiene acceso a una mayor información sobre el producto, como en seguros, préstamos hipotecarios, transacciones bursátiles, etc. Con esto, se ha mitigado el principio del "caveat emptor" (que el comprador tenga cuidado) en esas circunstancias.

5. La RINP incorpora el deber de negociar de buena fe, lo que necesariamente conlleva la "mala fe" o el dolo (incluso históricamente remontándonos al Digesto). De este modo, el dolo termina predominando sobre la culpa y transforma esta doctrina en una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares, y la CIC se convierte en un auténtico *dolo in contrahendo*, equiparable a la *misrepresentation* del common law.

6. La buena fe se presume y la mala fe debe probarse. Este principio rige la política legislativa en todos los países que se basan en el sistema civil de la CIC. El problema radica en que, al incorporar la buena fe a la CIC, la *diligencia in contrahendo* se convierte en dolus in contrahendo (o ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares) obligando a demostrar el estado mental del promitente en lugar de evitar este proceso, que es costoso y complicado. Esto hace que la CIC sea menos eficiente y justa en comparación con la PE, que no requiere demostrar el estado mental del promitente y se basa en situaciones más objetivas.

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL COMMON LAW: LA MISREPRESENTATION DEL *COMMON LAW*

1. Introducción. 2. Responsabilidad precontractual en el common law americano. 2.1. El UCC (Uniform Commercial Code) y la buena fe. 2.2. El Principio "caveat emptor". 2.3. Sobre la buena fe en la ejecución y cumplimiento de los contratos de bienes y servicios. 2.4. La relación fiduciaria y la obligación de actuar de buena fe en la etapa negocial. 2.5. Ausencia de la Obligación de Divulgar en Inglaterra. 3. La Misrepresentation del common law. 3.1. Hacia un concepto. 3.2. Misrepresentación en la inducción y misrepresentación en la ejecución: sus elementos. a). Debe haber una aseveración o afirmación que no está de acuerdo con los hechos. b). La aseveración debe ser fraudulenta o material. c). La aseveración debe ser confiada por el receptor que manifiesta su conformidad. d). La confianza del receptor debe ser justificada.3.3. Casos del Segundo Restatement de Contratos § 161(b). 3.4. Casos del Segundo Restatement de Torts § 551(1). 3.5.- Diferencia entre el Misrepresentation Bajo el Segundo Restatement de Contratos y Bajo el Segundo Restatement de Torts: Sus Efectos. 4. Misrepresentation (tergiversación o falsedad) Fraudulenta y Misrepresentation Negligente. 5. Sobre la CIC y la misrepresentation. 6. Análisis comparativo de la jurisprudencia del civil law bajo las teorías de la CIC y misrepresentation. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Como hemos mencionado en capítulos anteriores, la responsabilidad precontractual (PE) es sólo una parte del sistema general[648]. Las otras dos ramas son la restitución, que implica un

[648] El desconocimiento en el derecho continental o del *civil law* sobre el PE del derecho americano basado en el *common law*, es grande. Kottenhagen lo expresa así:

> Con respecto al estoppel promisorio, la ley estadounidense difiere de la ley inglesa. En el derecho inglés, esta doctrina rara vez se utiliza en el contexto de la responsabilidad precontractual. Además, cuando hay un acuerdo vinculante para acordar, una obligación general de trato justo se adjunta al trato. Se puede llegar al mismo resultado mediante una carta de intención, donde se impone a las partes el deber de negociar de buena fe cuando el lenguaje de la carta deja claro este deber o cuando puede ser implícito por el tribunal si el acuerdo es silencioso.
>
> En ausencia de cualquiera de las condiciones antes mencionadas, la premisa central de la visión aleatoria del contrato adoptada por los tribunales estadounidenses es que una parte de las negociaciones precontractuales puede interrumpir las negociaciones en cualquier momento y por cualquier motivo, sin motivo, y no afrontar ninguna responsabilidad (Kottenhagen, RJP. (2006). Freedom of Contract to Forcing Parties into Agreement: The Consequences of Breaking Negotiations in Different Legal Systems. *IUS Gentium Erasmus University Rotterdam, 12,* 61-95*,* pp. 72-73).

No nos aventuramos a compartir tal afirmación después de la atenta lectura de los casos examinados en los capítulos V y VI de esta obra. Todo lo contrario, consideramos que el PE sí es una herramienta que, frente a las falencias de la teoría de la consideración, responde a casos concretos que motivaron la redacción de la sección 90 desde el Primer Restatement de los Contratos a principios del Siglo XX. También analizaremos cómo la PE nace del estoppel inglés, pero que el estoppel quedó reducido a una figura defensiva ("escudo") mientras que el PE se amplió y evolucionó a ser una causa de acción ("espada) que se reexportó a otras naciones del sistema del *common law*, como Australia, por ejemplo, tal como lo explica Ngugi, J. M. (2007). Promissory Estoppel: The Life History of An Ideal Legal Transplant. *University of Richmond Law Review*, *41, 2, 5*, 425-497, p. 466.

enriquecimiento injusto durante la fase de negociación, y la representación falsa[649] o *misrepresentation*, que se refiere a la información incorrecta o engañosa[650] proporcionada durante las negociaciones sobre las intenciones de las partes. La *misrepresentation* se asemeja al fraude[651], aunque no son idénticos, ya que ambas implican proporcionar información engañosa para obtener una ventaja a expensas de la confianza ajena, involucrando el elemento del dolo o mala intención[652].

En este capítulo, exploraremos la figura de la *misrepresentation* y destacaremos la gran similitud entre la *misrepresentation* del common law y la Culpa in contrahendo (CIC) del *civil law*. Es importante señalar que esta comparación se centra en las dos facetas de la CIC (deber de informar y deber de negociar de buena fe[653]), ya que la primera faceta (deber de cuidado o protección) no requiere un estudio detallado, ya que su relación con el sistema extracontractual es evidente.

A partir de estas dos facetas de la CIC en comparación con la *misrepresentation*, observaremos cómo el *common law* también incorpora un principio de "buena fe y trato justo" en el tejido de las negociaciones, no como un elemento esencial (como en la CIC), sino como un principio destinado a prevenir la falsedad[654] o la misrepresentation, ya sea por proporcionar

[649] Gurpinar, en turco, analiza el tema de la responsabilidad por "hatalı bilgi aktarımının" (traducido como "información errónea" o "transmisión de información errónea") que ocurre durante las negociaciones (Gurpinar, D. (2006). *Responsabilidad jurídica derivada de no realizar consejos, consejos o información incorrectos anticontractuales.* Esmir-Turkia: Gursel Sengun, p. 139). Asimismo, Loser (2006) cree que existe responsabilidad por romper negociaciones de mala fe o proporcionar información falsa (Loser, P. (2006). *Responsabilidad de buena fe en el derecho suizo de las obligaciones. Conceptos básicos, formas de apariencia y diseño en la legislación aplicable en el contexto de la evolución jurídica europea.* Berna: Stampfli, p. 55.

[650] Cartwright y Hesselink ponen de manifiesto el *tort* de engaño en el derecho inglés, que requiere que el demandado hiciera fraudulentamente una representación falsa al demandante. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, p. 72).

[651] Por su parte, la figura del fraude ha sido trabajado, como la mayoría de las figuras del *common law*, bajo la casuística jurisprudencial que van definiendo la institución. En el caso del fraude, para su existencia se configuran cinco elementos que caracterizan su naturaleza: 1). Una mentira u omisión de hecho, 2) con conocimiento de su falsedad, 3) hecha con intención de engañar, 4). con confianza de la parte contraria, 5) que resulta un daño a la parte promisoria. (*Schlaifer Nance & Co. v. Estate of Warhol*, 119 F.3d 91, 98 (2d Cir.1997); *Centro Empresarial Cempresa S.A. v. América Móvil, S.A.B. de C.V*., 17 N.Y.3d 269, 276 (2011).)

[652] Oughton discute la importancia de evitar la victimización y prevenir que una de las partes se aproveche injustamente de la otra. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, pp. 374-375).

[653] En este sentido, Gómez Calle, menciona que ha habido una proliferación de deberes de informar, que tienen como objetivo corregir las asimetrías informativas entre las partes. (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, pp. 12-13).

[654] Benati evalúa el concepto de "sandbagging", que se refiere a una situación donde una parte hace valer intencionalmente una garantía que sabía que era falsa desde el principio. Esto podría considerarse una representación intencionalmente errónea. (Benatti, F. (2021). Responsabilidad Precontractual. Una visión comparada entre Italia y Perú. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, T. 100,* p. 177).

información falsa u ocultar[655] información[656]. Además, se examinará cómo el incumplimiento intencional o negligente por parte del promitente puede dar lugar a la rescisión[657] contractual o a reclamos de daños bajo el sistema de responsabilidad extracontractual. Estos aspectos se detallarán en los siguientes apartados[658].

2. Responsabilidad precontractual en el *common law* americano

2.1. El UCC (Uniform Commercial Code) y la buena fe

Como se ha mencionado previamente, en el *common law* americano existe un cuerpo de leyes que es más una guía que un código, pero que sirve para iluminar a los jueces en la interpretación de los contratos de intercambio bienes (no para el intercambio de servicios). Estamos hablando del UCC, siglas que equivalen al *Uniform Commercial Code*, o el Código de Comercio Uniforme (en adelante "UCC"), que rige los vaivenes de los contratos de venta de bienes (no de servicios.)

En realidad, el UCC es el cuerpo legal más grande que existe en el mundo comercial del *common law* americano. Abarca nueve secciones que se le llama artículos, pero en realidad son secciones completas o libros. Por ejemplo, hay libros dedicados a la venta de bienes, que es el

[655] Reder considera que la "consecuencia jurídica de una declaración de conocimiento o de un ocultamiento de hechos que deben ser explicados" genera responsabilidad (Reder, W. (1989). *La responsabilidad personal de terceros no contractuales en el derecho internacional privado.* Constanza-Alemania: Hartung Gorre, p. 158.

[656] Bajo estos principios, es importante recordar que, durante la crisis inmobiliaria de 2008 en Estados Unidos, ciertos inversionistas adquirieron valores financieros de los bancos. Estos valores se crearon mediante la agrupación de hipotecas de propietarios de viviendas y se vendieron como paquetes de valores respaldados por hipotecas en un sistema gradual y escalonado de "títulos hipotecarios" (*mortgage securities*). Los bancos proporcionaron a los inversores información incorrecta acerca de la capacidad de pago de los propietarios de viviendas, es decir, los deudores. Esta información inexacta fue respaldada por informes falsos de agencias que afirmaron de manera errónea que ciertas hipotecas estaban al día y que los deudores cumplían regularmente con sus pagos de préstamos. En realidad, esta información era incorrecta y esto resultó en una pérdida significativa de confianza por parte de los inversores, quienes sufrieron la pérdida de millones de dólares al adquirir estos valores respaldados por hipotecas emitidos por los bancos. (Acuerdo entre el Departamento de Justicia de los EE.UU. con el Banco Deutsche Bank, del 17 de enero de 2017, donde el banco pagará 7.2 billones de dólares a los inversionistas estafados por el banco en la venta de acciones de hipotecas. [En línea]. Disponible en https://www.justice.gov/opa/pr/deutsche-bank-agrees-pay-72-billion-misleading-investors-its-sale-residential-mortgage-backed. [Consulta: 23 de febrero de 2023].)

[657] Contrariamente, Canaris afirma que el comprador puede tener reclamaciones basadas en culpa in contrahendo, pero que estas reclamaciones no llegan tan lejos como sugiere la jurisprudencia actual. En concreto, el comprador no puede exigir la rescisión del contrato, sino que sólo puede solicitar una compensación monetaria (Canaris, C. (1982) Interrupciones en el Desempeño al comprar una Empresa. *Revista de Derecho Comercial y Corporativo, 11 año*, 396-434. Berlín: Walter de Gruyter & Co., p. 434).

[658] La "misrepresentación negligente" es una de las formas, según Caruso (1993) en que el *common law* puede llenar los vacíos dejados por la falta de una doctrina de responsabilidad precontractual (p. 20).

articulo o sección 2 (que es el capítulo que nos interesa) porque las otras secciones están dedicadas a los alquileres, depósitos bancarios[659], instrumentos negociables, o transacciones aseguradas.[660]

Como lo veremos a continuación, la obligación de actuar de buena fe se reduce a la ejecución de los contratos ya formados[661], y no se transporta a la etapa precontractual[662], es decir, a la fase de negociación precontractual[663]. La lógica, se piensa, detrás de esta filosofía es la de promover el libre intercambio de bienes, y evitar que la imposición del deber de negociar de buena fe pueda desalentar a las partes a entrar en libres negociaciones. (Goderre, 1997, p. 269.)

Otra de las razones que se da para evitar la incorporación del principio de la buena fe en la etapa de negociación precontractual es que entre el principio de la buena fe (que tiende a velar por los intereses y derechos de la parte contraria) se prioriza la búsqueda del interés propio (*self interest*) como motor del actuar privado.

Veamos brevemente la referencia del UCC a la buena fe dentro del artículo o sección primera, que se refiere a los Principios Generales[664], cuyo numeral 1-201(20) dispone que la "Buena fe, salvo que se disponga lo contrario en el Artículo 5, significa honestidad de hecho[665] y la observancia de estándares comerciales razonables de trato justo."

---

[659] Por su parte, Barrientos Zamora sugiere el tema del banco que comunicó al cliente que el préstamo hipotecario había sido aprobado, sólo para luego negar el préstamo debido a la carga financiera del cliente. Esto podría implicar que hubo alguna representación errónea por parte del banco. (Barrientos Zamorano, M (2012). Culpa in Contrahendo en Mutuo Hipotecario. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, No. 3, p. 840.)

[660] Código Uniforme de Comercio (UCC), Sección 2. 1952. (EE.UU.). En adelante "UCC".

[661] Miller analiza extensamente el principio de buena fe en el common law. Según este autor, la buena fe es un "excluyente" (excluder) que sirve para excluir diversas formas de mala fe (tal cual lo hace el Digesto, como se puede apreciar de las citas del Digesto en el Anexo II). El autor enumera varios ejemplos de mala fe en el desempeño, la gestión de disputas y las acciones correctivas. (Miller, A. y Perry, R. (2013). Good Faith Performance. *Iowa Law Review, Núm. 98-2,* pp. 678-679).

[662] En este sentido, Oughton explica que el principio de "buena fe" tiene sus raíces en los sistemas de derecho civil y que no forma parte del *common law*. Sin embargo, señala que el principio de "buena fe" se utiliza en las Regulaciones para evaluar la equidad de un término contractual. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, pp. 448-449).

[663] Cartwright señala que, en Escocia, aún no está "incontrovertiblemente" establecido que exista un deber general de negociar de buena fe; asimismo en el derecho inglés, no existe un deber de buena fe en las negociaciones precontractuales, y discute la reticencia del derecho inglés a imponer responsabilidad en la fase precontractual en ausencia de una promesa o representación errónea. En el derecho escocés, generalmente se acepta que las partes que negocian un contrato están en igualdad de condiciones y no tienen la obligación de negociar de buena fe. Sin embargo, la mala fe puede equivaler a una representación errónea o a la explotación de una relación especial de confianza. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, p. 101, 115-119, 177-180). En la misma línea de pensamiento, Mosset Iturraspe considera que en el derecho inglés, no existe un deber de compartir información durante la etapa precontractual, lo que implica que el principio de buena fe no se aplica tan estrictamente como en otros sistemas legales. Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, p. 61).

[664] UCC. §1-201(20).

[665] Miller explica que el Código Comercial Uniforme (UCC, por sus siglas en inglés) define la buena fe como "honestidad de hecho y la observancia de estándares comerciales razonables de trato justo" ("Honesty in fact"), y señala asimismo que esta definición ha evolucionado con el tiempo. (Miller, A. y Perry, R. (2013). Good Faith Performance. *Iowa Law Review, Núm. 98-2,* pp. 719-723).

Esto lo dice el UCC con respecto a los estándares generales del UCC, ahora veamos el tratamiento del UCC con respecto a los contratos de venta de bienes, que es el artículo 2. En efecto, el numeral **§**1-304 del UCC referido a las obligaciones de buena fe[666] estipula que "todo contrato o deber dentro del Código Comercial Uniforme impone una obligación de buena fe en su ejecución y cumplimiento."

Por su parte, en la sección de definiciones del UCC, el numeral § 2-103, consagrado a Definiciones e índice de definiciones[667], dispone que la "(b) "Buena fe" en el caso de un comerciante significa honestidad de hecho y la observancia de estándares comerciales razonables de trato justo en el comercio."[668]

Como vemos, el UCC impone actuar de buena fe dentro del cumplimiento y ejecución del contrato de venta de bienes, y en realidad todo tipo de contratos que no sean de servicios, entendiendo buena fe como la honestidad de hecho y el trato justo. Huelga reiterar que el UCC no se refiere a las negociaciones preliminares de venta de bienes ni a la de servicios (ya sea en ejecución de contratos de servicios o en la formación de contratos de servicios)[669].

Ahora veamos cuál es el desarrollo de la jurisprudencia con respecto al principio de la buena fe y su tratamiento conceptual. A este respecto, encontramos un caso donde el *common law* ha adoptado *de facto*, una obligación de evitar la mala fe[670], lo que equivaldría a una posible obligación de actuar de buena fe, así como lo define el concepto de responsabilidad precontractual del derecho continental. (Nedzel, 1997, p. 98.)

---

[666] UCC. § 1-304.
[667] UCC. § 2-103.
[668] Miller estudia el tema de la buena fe en el common law, en especial el enfoque de "recapturar oportunidades perdidas", que sostiene que la mala fe ocurre cuando la discreción contractual se usa para recuperar oportunidades que se dejaron de lado en el momento de la formación del contrato. (Miller, A. y Perry, R. (2013). Good Faith Performance. *Iowa Law Review, Núm. 98-2,* pp. 704-706.)
[669] Sin embargo, posteriormente veremos otros cuerpos legales (como los Restatement de Contractos y de Torts referidos al *misrepresentation*) que incluyen la buena fe como parte importante de la negociación preliminar para evitar engaños o falsedades.
[670] Gurpinar cree que la CIC es "corregir cualquier error" y "evitar que la otra parte caiga en error" (Gurpinar, D. (2006). *Responsabilidad jurídica derivada de no realizar consejos, consejos o información incorrectos anticontractuales.* Esmir-Turkia: Gursel Sengun, p. 150). Por su parte Widmer también ha considerado el tema de la responsabilidad por CIC cuando una negociación caiga por falta de voluntad o mala fe (Widmer, C. (2003). *Alcance de indemnización por contratos imperfectos. Demostrado por la falta de voluntad y la terminación de las negociaciones del contrato.* Munich: Helbing y Lichtenhahn, p. 216).

2.2. El Principio "*Caveat Emptor*"

Vamos a referirnos ahora sobre el principio del *caveat emptor*, que es un principio que viene heredado del derecho inglés[671] que significa "dejar al comprador que se dé cuenta"[672] de los errores o defectos del producto[673], o sea, significa que el comprador no es responsable al no develar información sobre el producto[674]. En efecto, el caso seminal en Inglaterra lo encontramos en el año 1617 en el caso *Chandelor v. Lopus*[675], donde el comprador compra una piedra bezoar que al final resulta ser falsa. El comprador demanda al vendedor, pero la Corte desestima la demanda porque el Juez estima que el vendedor no dio garantías y solamente afirmó que el objeto de la venta era una piedra bezoar.[676] El Tribunal sostenía que el comprador no tenía derecho a que le devolvieran su dinero, afirmando: "La simple afirmación de que era una piedra de bezoar, sin garantizar que lo fuera, no es motivo de acción legal."[677]

De modo que, durante el siglo XVII, en un ambiente propicio al desarrollo de la libertad empresarial y de comercio, el principio del *caveat emptor* se desarrolló. Atiyah (1979) explica el discurso del comerciante Sir Josiah Child con respecto a este principio: "ningún hombre puede ser

[671] En este sentido, Oughton analiza el principio de buena fe en el contexto del derecho contractual. Menciona específicamente que el principio de *caveat emptor* (comprador, tenga cuidado) se aplica fuera de los contratos de venta, y que existen ciertos contratos en los que se deben revelar hechos materiales. También aborda el deber de divulgación en el contexto de los contratos de seguro y la importancia de no realizar declaraciones falsas para inducir a alguien a un contrato. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, pp. 169-172.)

[672] Un aspecto destacado que Gómez Calle resalta en el contexto de la segunda vertiente de la CIC relacionada con la obligación de proporcionar información es la importancia de que el comprador sea proactivo en la búsqueda de información. (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, pp. 64-66).

[673] Domat aborda la importancia de la honestidad y la transparencia en las ventas. Por ejemplo, el vendedor está obligado a revelar cualquier defecto en el objeto que se está vendiendo, y si no lo hace, la venta puede ser anulada o el precio disminuido. (Domat, J. (1850). The Civil Law in Its Natural Oder. Boston: Charles Little Y James Brown, p. 230-237).

[674] Coderch y García-Micó manifiestan que la torpeza no es sinónimo de mala fe. (Coderch, P. y García-Micó, T. (2020). *Concepción Contextual de la Buena Fe Contractual. Artículo 1258 del Código Civil. Barcelona*: Universidad Pompeu Fabra, p. 37).

[675] *Chandelor v Lopus* (1603) 79 ER.

[676] Con posterioridad este caso ha sido redescubierto en el siglo XX a raíz del derecho de garantías (Atiyah, P.S. (1979). *The Rise and Fall of Freedom of Contract.* Oxford: Clarendon Press, p. 178).

[677] *Chandelor v Lopus* (1603) 79 ER

engañado a menos que lo consienta, lo que comúnmente llamamos '*caveat emptor* "' (Atiyah, 1979, p. 179).

Como podemos ver, el principio básicamente se refiere a que en los contratos de venta de bienes la parte vendedora o proveedora de un bien o mercancía no tiene la obligación de exponer todos los errores[678] del bien a vender, y que es el vendedor el que, bajo el deber de diligencia, tiene que indagar si realmente el bien es bueno o no. *Caveat emptor* significa "let the buyer beware" o sea "que el vendedor se dé cuenta". Es decir, el vendedor no tiene ninguna obligación de actuar de "buena fe" y de exponer todos los errores o faltas que pueda tener un bien: la obligación de diligencia radica en el comprador quien tiene la responsabilidad de asegurarse de que el bien por comprar es bueno. Esto, obviamente, no tiene nada que ver con la garantía que una compañía pueda brindar al comprador que adquiere un bien, o la garantía del fabricante de la mercancía[679].

De modo que el principio del *caveat emptor* reza que las partes libremente entran en un proceso de negociación, en la libertad de contratación. Desde su creación en el derecho inglés del siglo XVII a partir de las doctrinas del liberalismo inglés que promovían las ideas del individualismo[680], hasta la actualidad, se ha atemperado para erradicar los excesos que provocó dicha doctrina, sobre todo en casos donde la posición del vendedor es superior a la del comprador, o casos en los cuales podría mediar dolo o fraude[681].

Para ejemplificar el grado de moderación del caveat emptor en el sistema del common law inglés, podemos traer a colación una ley en defensa de los consumidores llamada el Unfair Contract

[678] Domat discute la diferencia entre los daños causados por fraude o astucia y aquellos causados por un error honesto. También analiza casos en los que se deben pagar daños incluso si no hay culpa por parte de la persona que los causó. (Domat, J. (1850). The Civil Law in Its Natural Oder. Boston: Charles Little y James Brown, p. 746.)

[679] Schaumburg analiza el tema de la CIC en paralelo al "kaufvertragliches Sachmängelgewährleistungsrecht", o la garantía por defectos en el contrato de compra, donde la responsabilidad se deriva del deber de proporcionar información veraz sobre el producto que se vende, concretamente en relación con sus defectos o cualidades, o "Haftung des Verkäufers wegen fehlerhafter Beratung" (responsabilidad del vendedor por un asesoramiento incorrecto), lo que implica que la responsabilidad se deriva del deber de proporcionar un asesoramiento preciso (Schaumburg, H. (1974). *Garantía por defectos materiales y culpa precontractual. §463 BGB y culpa in contrahendo*. Colonia: Peter Hanstein Verlag, pp. 14, 25-38).

[680] Para Oughton, el enfoque del *common law* se basa en la ideología individualista del mercado y se preocupa menos por los principios de buena fe. El alivio por error común se considera excepcional. Por otro lado, el enfoque equitativo se preocupa más por la equidad y la justicia, y es más probable que tome en cuenta las expectativas razonables de los empresarios honestos. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 274).

[681] Oughton señala, en este aspecto, que los tribunales son más propensos a reconocer la mala fe en lugar de imponer un deber positivo de actuar de buena fe. Sin embargo, menciona algunas áreas en las que la buena fe es un factor, como en los acuerdos para autoexcluirse de negociaciones o en relación con invitaciones a licitar. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 179).

Terms Act de 1977[682], que al decir de Oughton (2000), impone controles sobre los términos de los contratos y avisos para proteger a los consumidores. Esto sugiere que la doctrina del caveat emptor (comprador, tenga cuidado) ha evolucionado hasta cierto punto (p. 429).

Ahora bien, el principio del *caveat emptor* se atisba en los EE.UU. a comienzos del siglo XIX. La pregunta sugerente a este respecto es si existe una obligación de divulgar o informar -por ambas partes- en una negociación preliminar. Estudiando el caso *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817), vemos cómo se inicia el principio del *caveat emptor* en el tramado negocial y prenegocial. En este caso, el comprador de tabaco tenía información de primera mano de que el bloqueo británico a las tropas americanas durante la guerra de 1812 entre los Estados Unidos y Gran Bretaña estaba por terminar porque se enteró de la firma del Tratado de Ghent del 18 de febrero de 1815, a consecuencia de la batalla de Nueva Orleans del 9 de enero de 1815, y premunido de esta información (que no se la comunico al vendedor) procede a comprar el tabaco a un precio bajo, para después beneficiarse con el aumento del precio a consecuencia del levantamiento del bloqueo británico. Al enterrase de estos hechos, el vendedor demanda al comprador por no haberle manifestado los hechos que el comprador sabio, pero perdió la demanda.

Pues bien, veamos los hechos. El comprador Organ compró 111 barriles de tabaco (111.000 libras) del vendedor Laidlaw & Co. el 18 de febrero de 1815 en Nueva Orleans. La compra se realizó entre las 8 y las 9 de la mañana del mismo día en que se conoció la noticia de que se había aceptado un tratado de paz entre Estados Unidos y Gran Bretaña que puso fin a la Guerra de 1812 y levantó un embargo naval que había deprimido drásticamente el precio del tabaco estadounidense de 30 a 50 por ciento. Organ estaba al tanto del levantamiento del embargo porque su hermano le había informado esa misma mañana. Laidlaw no estaba al tanto de la noticia. Durante la discusión del contrato, se le preguntó a Organ si estaba al tanto de las razones por las que el precio era más alto; Organ guardó silencio ante la noticia del levantamiento del embargo[683]. El posterior aumento de los precios del tabaco después de la firma del contrato provocó una gran pérdida relativa en la venta en comparación con el valor del tabaco al día siguiente. Dos días después, el día 20, Laidlaw

[682] Unfair Contract Terms Act. [UCTA]. 1977 (United Kingdom). Rescatado de Unfair Contract Terms Act 1977 (legislation.gov.uk), consulta 26 de agosto de 2023.

[683] Haciendo un paréntesis, Cartwright y Hesselink mencionan que, en algunos casos, como en Francia, se podría argumentar que el silencio del vendedor después de haber sido informado de las características que el comprador estaba buscando podría considerarse ocultación fraudulenta. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, p. 415).

& Co. recuperó el tabaco a la fuerza de Organ, quien presentó una demanda por incumplimiento de contrato para recuperar el tabaco o para obtener una indemnización por daños y perjuicios.

Es decir, el precio del tabaco aumentó en un 20% después de que el bloqueo británico se levantara, entonces después de producirse el contrato y después de entregar el tabaco al comprador, las noticias del tratado que ponía fin al bloque británico se hacen públicas. Al enterarse el vendedor de que el comprador sabía de la existencia de ese tratado, y al recordar que el comprador no respondió nada cuando al comprador le inquiere si el comprador tenía algunas noticias sobre el levantamiento del bloqueo, justo antes de la celebración del contrato, entonces el vendedor exige que se le devuelva el tabaco vendido bajo la teoría de que el comprador había actuado de mala fe[684], porque poseía información material que podría haber cambiado el giro de las negociaciones y que podría haber generado sospecha en el vendedor, puesto que el precio hubiera cambiado.

En primera instancia, el juez le da la razón al vendedor, ordenando al comprador a devolver el tabaco por violación al principio de buena fe en la etapa precontractual. Sin embargo, el juez Marshall, en instancia apelatoria, decide revertir la decisión del juez de primera instancia, expresando en una decisión breve pero llena de elocuencia: "La opinión unánime del presidente del Tribunal Supremo Marshall puede interpretarse en el sentido de que la retención de información calculada para engañar a la otra parte puede provocar la nulidad de un contrato por motivos de equidad[685]. Sin embargo, sobre la cuestión de si Organ tenía la obligación de revelar la información que había obtenido sobre el fin de la guerra, el dictamen declara: "El tribunal opina que no estaba obligado a comunicarlo".

La opinión del Juez Marshall del Tribunal Supremo es corta (120 palabras en un solo párrafo) pero elocuente. El Juez Marshall anula la sentencia de primera instancia y reenvía el caso al juez de primera instancia con la observación de que el jurado sea el que tenga que decidir, bajo los siguientes parámetros: "La cuestión en este caso es si la información de las circunstancias extrínsecas, que podrían influir en el precio de la mercancía, y que estaba exclusivamente dentro del conocimiento del comprador, debería haber sido comunicada por él al vendedor. El tribunal

[684] Por su parte, Ferro menciona la posibilidad de "malafede" (mala fe) en el contexto de retirarse de las negociaciones. (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, p. 93).

[685] Por lo que corresponde a los principios de equidad y justicia, Oughton menciona que los principios de equidad tienen un fuerte contenido ético y que los valores morales pueden influir en su aplicación. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 553).

opina que no estaba obligado a comunicarlo. Sería difícil circunscribir la doctrina contraria dentro de los límites adecuados, donde los medios de información son igualmente accesibles para ambas partes. Pero al mismo tiempo, cada parte debe tener cuidado de no decir ni hacer nada que tienda a imponerse a la otra."[686]

Como vemos, con este caso se consolida el principio del *caveat emptor* y se institucionaliza el principio en el tramado negocial. No hay obligación de negociar de buena fe[687] o de divulgar información a menos que la ley lo exija[688].

Ahora bien, el caso *Organ*, pese a ser un caso seminal muy antiguo, tampoco pudiera haberse resuelto por operatividad del PE puesto que las negociaciones llegaron a buen puerto y se ejecutó un contrato válido. O sea, por parte del *common law*, el PE no opera porque no existe una promesa incumplida[689] sino un contrato ejecutado. Por otra parte, nos preguntamos cómo pudiera haber resuelto el *civil law* este caso bajo los parámetros del RINP, y tampoco tendría operatividad por la misma razón, porque el contrato se produjo, es decir, no existe una ruptura injustificada de negociaciones preliminares.

Ahora bien, la pregunta recurrente que salta es si la CIC podría invalidar un contrato bajo la premisa que el comprador, que es una parte del contrato, y su consecuente obligación de negociar de buena fe y de informar a la otra parte (o sea al vendedor). Bajo la premisa del CIC, donde existe la obligación de informar, el caso pudiera haberse resuelto de otra manera, es decir, el contrato se hubiera rescindido porque el comprador conocía de información vital y material[690] que no la comunica al vendedor, y por esta razón su actuar es desleal. De nuevo nos viene a la memoria el caso de *Leonhard*, en el caso de la patente (visto en el capítulo I), donde el contrato queda

[686] *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817).
[687] Benati ha puesto de manifiesto que no existe un deber de buena fe en las negociaciones. Sin embargo, se establecen casos individuales de responsabilidad precontractual. (Benatti, F. (2021). Responsabilidad Precontractual. Una visión comparada entre Italia y Perú. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, T. 100, p. 170).*
[688] Por su parte, Ferro sostiene que el comprador promisorio no es necesariamente la "parte débil" en las negociaciones (Ferro, F. (1999). *El cargo precontractual. La preliminar, las negociaciones.* Milán: Cedam, p. 61).
[689] En el tema de las promesas incumplidad Mosset Iturraspe menciona "falsas promesas" y "procesos engañosos", lo que podría implicar que existe una representación intencional o fraudulenta. (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, p. 215).
[690] Ya Mommsen, contemporáneo de Ihering, analizó el concepto de "*dolus in contrahendo"* (engaño en la contratación) y sus implicaciones para la acción legal del comprador. Sostiene que el comprador debe probar que no habría celebrado el contrato si hubiera conocido la verdad de los hechos (Mommsen, F. (1879). *Discusiones Desde el Código de Obligaciones*. Leipzig, Alemania: J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung, pp. 154-155).

invalidado porque el vendedor no comunicó al comprador que la titularidad de la patente estaba en entredicho, y que al final la tercera compañía obtuvo una interdicción de la venta de la patente.

Como vemos, son diferentes estilos, diferentes filosofías y diferentes perspectivas. ¿La pregunta es cuál de las dos filosofías es más justa o más eficiente? Obviamente que la decisión del *common law* de reconocer el contrato y reputar que no existe obligación del comprador de divulgar información conocida es una decisión justa para el comprador (bajo los parámetros del *common law*), y obviamente que la decisión del CIC de invalidar el contrato bajo el parámetro de que el comprador tenía la obligación de informar sobre un hecho vital y material sería un acto de justicia para el vendedor. Esta dureza del *caveat emptor* ha sido moderada[691] con el tiempo[692] hasta el extremo de incluir en la *misrepresentation* el deber de informar de buena fe[693] e informar sobre los detalles del producto[694] (esto lo veremos en los acápites posteriores sobre la *misrepresentation*).

En el plano jurisprudencial vemos otro caso emblemático de Nueva York, *Kirke La Shelle Co. V Paul Armnstrong Co*., 263 NY 79 (1933), en el cual había mediado un contrato para reproducir una obra teatral en Nueva York, allá por los años 1914, entre una compañía teatral y el escritor de la obra (que tenía una compañía que lo representaba). El autor fallece, y la sucesión del autor vende los derechos de la misma obra a Metro Golwin Mayer (MGM), una compañía que se encargaría de llevar la obra teatral al cine, después que el autor ya se había comprometido a que su obra sea utilizada por la compañía teatral de Nueva York. Como quiera que ese nuevo contrato con MGM iba a impactar negativamente el ingreso de la compañía teatral sobre la producción de esa misma obra, la compañía teatral demandó a la sucesión del autor para que le pagasen la mitad de los derechos que la sucesión iba a gozar por concepto de los pagos de MGM. El juez amparó dicha demanda y la Corte de Apelaciones refrendó tal decisión, bajo el amparo de la teoría de la

[691] Cartwrigth y Hasselink mencionam varias protecciones para los compradores, como la condición implícita de que una máquina será apta para su propósito y el derecho a exigir al vendedor que reemplace la máquina si no cumple con la obligación del vendedor. Estas protecciones sugieren que la doctrina del *caveat emptor* ha evolucionado. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, p. 411-412).

[692] Barrientos Zamora menciona la importancia de la buena fe y la responsabilidad del proveedor de respetar los términos y condiciones de un contrato. Esto sugiere que la doctrina ha evolucionado hasta cierto punto. Cf. Barrientos Zamorano, M (2012). Culpa in Contrahendo en Mutuo Hipotecario. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, No. 3, p. 840.

[693] Benati ha puesto de relieve el tema de la buena fe, principio que se utiliza para corregir las asimetrías de información entre las partes contratantes. También discute el papel del principio en la prevención del 'sandbagging', o la explotación de una falsedad conocida en una garantía. (Benatti, F. (2021). Responsabilidad Precontractual. Una visión comparada entre Italia y Perú. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, T. 100,* pp. 167-178).

[694] Oughton aborda la Ley de Términos de Contratos Injustos de 1977, que impone controles sobre los términos de los contratos y avisos para proteger a los consumidores. Esto sugiere que la doctrina del caveat emptor (comprador, tenga cuidado) ha evolucionado hasta cierto punto. Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 419).

buena fe implícita en la ejecución de los contratos: "Al celebrar el contrato y aceptar y reteniendo la contraprestación por ello, los demandados asumieron una relación fiduciaria que tuvo su origen en el contrato, y que les impuso el deber de la máxima buena fe". (*Underhill v Schenck*, 238 N.Y. 7 (N.Y. 1924.)

Regresando al caso Kirke, la Corte estimó que "desde la inclusión en el contrato del expreso acuerdo por parte de los demandados de no celebrar cualquier contrato que afecte el título de propiedad de los derechos dramáticos, exclusivos de los derechos cinematográficos, o la producción de la obra en la ciudad de Nueva York, en la carretera o en stock, sin la aprobación del apelante, puede estar implícita la obligación de mantener los beneficios resultantes de dicho incumplimiento en beneficio de las partes del acuerdo de conformidad con sus derechos en virtud del contrato."[695]

Finalmente, el caso Kirke explica claramente los parámetros de la obligación de ejecutar los contratos de buena fe al decir que: "En último análisis esos casos sólo aplican los principios de que en todo contrato hay un pacto de que ninguna de las partes hará nada que tendrá el efecto de destruir o lesionar el derecho de la otra parte a recibir los frutos del contrato, lo que significa que en cada contrato existe un pacto implícito de buena fe y trato justo. (*Wilson v. Mecanico Orguinnette Co*., 170 N.Y. 542 (1902); *Brassil v. Maryland Casualty Co*., 210 N.Y.235 (1914).)

En comparación con este caso *Kirke*, vimos en el capítulo I el caso traído a colación por Leonhard sobre las patentes, en las cuales una compañía vende una patente a una segunda compañía adquirente que ignoraba que el derecho de titularidad estaba siendo disputado por una tercera compañía que al final obtiene la interdicción de la venta: en ese caso, la mala fe de la compañía vendedora linda con el fraude, de modo que el nuevo contrato resultaría ser resuelto por la figura de la misrepresentation o fraude ya que el vendedor sabía que su derecho de titularidad estaba disputado. Entonces queda claro que una cosa es el "*caveat emptor*" (que el vendedor se dé cuenta) y otra cosa es que un vendedor actúe de mala fe ocultando intencionalmente un hecho o

[695] Como lo vimos anteriormente, el UCC expresamente incorporó la obligación de actuar de buena fe en la ejecución de los contratos sobre la venta de bienes, pero el UCC no aplica a los contratos sobre servicios, de modo que, en el campo del derecho de los contratos sobre servicios, existe un avance del principio de buena fe cuando exista una carta de intención entre las partes o un acuerdo para negociar. (Palmieri, N. (1993). Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations. *Seton Hall Law Review, 24*, 70, pp. 89-90).

engañando al comprador o potencial comprador[696] con cierta información que resulta vital, como el caso de la patente en Leonhard, o el caso de *Kirke* en el *common law*.

Entonces pensamos cómo el CIC podría haber resuelto el caso *Kirke* si la compañía teatral hubiera demandado la nulidad del contrato entre la sucesión y la compaña cinematográfica, es decir, si la compañía teatral hubiera argumentado que un contrato válido se produjo entre la sucesión y la compañía cinematográfica, en realidad estaba viciado de nulidad por cuanto la sucesión negoció de mala fe, quebrantando la obligación de negociar de buena fe, con lo cual la CIC entraría a tallar. Sin embargo, pensamos un poco más sobre este caso, y como quiera que el contrato (en *Kirke*) sí se suscribió y se ejecutó (nos referimos al segundo contrato entre la compañía cinematográfica y la sucesión), la RINP no entraría a tallar por cuanto no se produjo una "ruptura injustificada de negociaciones preliminares", todo lo contrario, el contrato se concluyó, pero se concluyó de mala fe, aunque dicha mala fe haya sido desconocida por la compañía cinematográfica. De modo que, si el RINP no entraría a tallar (porque el RINP solamente linda con rupturas en las negociaciones), tampoco el PE entraría a tallar (ya que el PE linda con el detrimento a la parte que confía y actúa en función a una promesa o representación dada por el promitente) por cuanto estamos frente a contratos ejecutados, y no frente a negociaciones por concretarse.

De esta forma, la responsabilidad precontractual del RINP o del PE no son las herramientas adecuadas para solucionar este problema. Tendríamos que recurrir a otras figuras como el fraude, o la *misrepresentation*[697], o la restitución por desinformación, para amparar la demanda de la compañía teatral, que claramente actuó de mala fe.

2.3. Sobre la Buena Fe en la Ejecución y Cumplimiento de los Contratos de Bienes y Servicios

El numeral § 205 del Segundo Restatement de Contratos se refiere a contratos de bienes y de servicios, a diferencia del UCC que solamente se enfoca en los contratos de bienes. Este

[696] Kohls llama la atención sobre la responsabilidad por omisiones o por no ser veraz o exacto (Kohls, R. (1990). *La responsabilidad de información precontractual según la ley de Alemania, EE.UU. e Inglaterra utilizando el ejemplo del banco líder de un sindicato de crédito.* Goettingen-Alemania: WiRe, p. 16).

[697] Kohls analiza el tema de la CIC y la vincula con el "agravio de misrepresentación" como subtema, varios aspectos de la misrepresentación, como el deber de decir la verdad, el deber de no engañar y el uso de hechos correctos (Kohls, R. (1990). *La responsabilidad de información precontractual según la ley de Alemania, EE.UU. e Inglaterra utilizando el ejemplo del banco líder de un sindicato de crédito.* Goettingen-Alemania: WiRe, p. 70 y ss.)

Restatement dispone el deber de buena fe[698] y trato justo en la ejecución y cumplimiento de contratos (de bienes y servicios), explicando que "todo contrato impone a cada parte el deber de buena fe y trato justo en su ejecución y cumplimiento."[699]

> §205. DEBER DE BUENA FE Y TRATO JUSTO
>
> Cada contrato impone a cada una de las partes el deber de actuar con buena fe y trato justo tanto en su cumplimiento como en su ejecución. [700]

En los comentarios oficiales con respecto al numeral 205, encontramos el siguiente comentario definicional muy ilustrativo:

> (a) Significados de "buena fe".
>
> La "buena fe" se define en la Sección 1-201 del Código Comercial Uniforme como "honestidad de hecho en la conducta o transacción en cuestión". "En el caso de un comerciante", la Sección 2-103(1)(b) del Código Comercial Uniforme establece que "buena fe" significa "honestidad de hecho y la observancia de estándares comerciales razonables de trato justo en el comercio". La frase "buena fe" se utiliza en una variedad de contextos y su significado varía un poco según el contexto. El cumplimiento o la ejecución de un contrato de buena fe enfatiza la fidelidad a un propósito común acordado y la consistencia con las expectativas justificadas de la otra parte[701]; excluye una variedad de tipos de conducta caracterizada como "mala fe" porque violan los estándares comunitarios de decencia, equidad o razonabilidad. El remedio apropiado por el incumplimiento del deber de buena fe también varía según las circunstancias. (Comentario "a")[702]

[698] Miller se centra en el análisis económico de la buena fe y el papel de los estándares comunitarios. También aborda la idea de la justicia conmutativa, que gira en torno a la aplicación del acuerdo real de las partes. El autor proporciona cuatro formulaciones principales de justicia conmutativa, siendo la más común la protección de las expectativas razonables de las partes. (Miller, A. y Perry, R. (2013). Good Faith Performance. *Iowa Law Review, Núm. 98-2,* pp. 709-712.)
[699] Restatement (Second) of Contracts, (1981) § 205. (EE.UU.)
[700] Restatement (Second) of Contracts, (1981) § 205. (EE.UU.)
[701] En este sentido, Kovac manifiesta que, bajo la ley alemana, una parte que alimenta negligentemente en la otra parte la esperanza de que se celebre un contrato debe compensar cualquier gasto que la parte contraria haya podido considerar necesario en las circunstancias. Esto podría implicar que la representación intencional o fraudulenta podría estar cubierta por esta regla. (Kovac, M. (2019). Culpa in Contrahendo, Promissory Estoppel, Pre-Contractual Good Faith and Irredeemable Acts. En *Asian Journal of Law and Economics*; Berlín Tomo 10, Nº 1, p. 9).
[702] Restatement (Second) of Contracts (1981) §205, comentario "a".

Este numeral trae a colación la definición que hace el UCC de la buena fe, en el siguiente sentido: "Buena fe" excepto cuando se disponga lo contrario en el Artículo 5, significa honestidad en la realidad y el cumplimiento de estándares comerciales razonables de trato justo.[703]

La referencia que hace este comentario al texto del UCC, lo vemos en la Sección 2-103(1)(b) del Código Comercial Uniforme, que dice: "Buena fe" en el caso de un comerciante significa honestidad en la realidad y el cumplimiento de estándares comerciales razonables de trato justo en el comercio.[704]

Por otra parte, el comentario "c" de la sección 205 del Segundo Restatement de Contratos establece:

> c. Buena fe en la negociación.
>
> Esta sección, al igual que el Código Comercial Uniforme §1-203, no trata la buena fe en la formación de un contrato. La mala fe en la negociación, aunque no esté dentro del alcance de esta sección, puede estar sujeta a sanciones.[705]

Como vemos, tanto en el UCC con en el Segundo Restatement de Contratos, la buena fe viene a constituir un principio rector en la ejecución y cumplimiento de los contratos, tanto de bienes como de servicios. No existe tal obligación en la etapa precontractual o negocial; sin embargo, como lo veremos en este capítulo, la mala fe en la etapa negocial es castigada cuando conlleva una falsedad o *misrepresentation*. Es decir, la buena fe no es impuesta como deber de actuación negocial, pero la mala fe es adverada como contraria a la buena fe y expelida a través de figuras como la *misrepresentation* que se encarga de sancionar aquellas conductas que producen resultados gravosos tanto a nivel de contratos como a nivel de agravios (torts).

2.4. La Relación Fiduciaria y la Obligación de Actuar de Buena Fe en la Etapa Negocial

[703] UCC § 1-201 (b) (20).
[704] UCC § 2-103(1)(b).
[705] Restatement (Second) of Contracts (1981), §205, comentario C.

Ahora bien, con respecto a situaciones fiduciarias donde por imperio de la ley una parte está obligada a informar a otra (porque tiene un mejor y mayor acceso a la información que la otra parte no lo tiene), tenemos una situación prodigada por la ley de Veracidad en las prestaciones (Truth in Lending Act: TILA)[706] como por ejemplo las obligaciones de un banco de informar a un potencial prestatario los términos de pago y otras condiciones del potencial préstamo como la tasa de interés (si va a ser variable o fija), o el término y otras condiciones del mismo)[707]. Asimismo, en los casos de divulgación de documentos e información en casos de préstamos en general, tenemos casos amparados por la legislación la Ley Federal de Franquicias de Concesionarios de Automóviles, en el cual un concesionario puede demandar un fabricante si falló de actuar de buena fe en el cumplimiento de los términos de la franquicia, o en la terminación, cancelación o no renovación de la franquicia.[708]

Otros casos donde el orden público impone un deber de actuar de buena fe lo podemos encontrar en legislaciones como las siguientes, entre otras[709]: Ley de Ventas Uniformes, Código Comercial Uniforme, la Ley de Valores de 1933, la Verdad en Ley de Préstamos (Truth in Lending Act) [710], la Ley de Igualdad de Oportunidades Crediticias, la Ley de Procedimientos de Bienes Raíces (RESPA), la Ley de Divulgación Completa de Ventas de Tierras Interestatales, la Ley de Veracidad en las Negociaciones de 1988 (referido a la obligación de los contratistas de divulgar información en la contratación con el gobierno), la Ley de Mejoramiento de la Comisión Federal de Comercio de Garantía Magnuson-Moss (la Ley Magnuson-Moss)[711] o la ley laboral del

[706] Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.).
[707] Por su parte, Mussy sostiene que la responsabilidad de los bancos por proporcionar información falsa a clientes o terceros, está vinculado al concepto de culpa in contrahendo (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., p. 166).
[708] Cfr. Palmieri, N. (1993). Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations. *Seton Hall Law Review, 24*, 70, pp. 99-100.
[709] Consumer Credit Protection Act of 1968, CCPA (Estados Unidos); Consumer Data Protection Act of 2023 (Estados Unidos); Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act of Illinois of 1961 (Illinois); Consumer Product Safety Act of 1972, CPSA (Estados Unidos); Consumer Protection Act of 2010 (Estados Unidos); Consumer Protection Act of Tennessee of 1977 (Tennessee); Equal Credit Opportunity Act (ECOA), 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974) (Estados Unidos); Fair Credit Reporting Act of 1970, FCRA (Estados Unidos); Fair Debt Collection Practices Act of 1977, FDCPA (Estados Unidos); Federal Odometer Act of 1972 (Estados Unidos); Federal Trade Commission Act, FTC Act of 1914 (Estados Unidos); Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938 (Estados Unidos); Home Ownership and Equity Protection Act HOEPA of 1994 (Estados Unidos); Interstate Land Sales Full Disclosure Act of 1968 (Estados Unidos); Magnuson-Moss Warranty Act of 1975 (Estados Unidos); Patient Protection and Affordable Care Act of 2010, ACA (Estados Unidos); Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.); Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.); Uniform Voidable Transactions Act of 1984 (Estados Unidos); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of New York (Nueva York, 1970); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of North Carolina 1973 (Carolina del Norte); Uniform Voidable Transactions Act (2014, UVTA) (Estados Unidos)
[710] Veracidad en los Préstamos [Truth in Lending Act, TILA], 1968. (EE.UU.) En adelante "TILA".
[711] Cfr. Palmieri, N. (1993). Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations. *Seton Hall Law Review, 24*, 70, pp. 112-113.

National Labor Relations Acts (NLRA) artículo 9d, se refiere claramente a la negociación colectiva que prohíbe a los representantes de los empleadores una negociación de mala fe[712] con los representantes sindicales.[713]

Ahora bien, en casos de seguros[714], por ejemplo, los casos en los cuales existe un quebrantamiento del principio de ejecución contractual de la buena fe se refieren al caso *Comunale v. Traders & General Insurance Co*., 328, p 2d198 (1958) que es esclarecedor. En este caso, el demandante (asegurado) demandó a su compañía aseguradora (demandada) por rehusarse a negociar una demanda impuesta por un tercero contra el asegurado; y dichas demandas se extendieron hasta los asuntos en los cuales el asegurado demanda a su propia aseguradora por la negativa de pagar al asegurado o al tercero. (Palmieri, 1993, p. 102.).

En este caso, es claro el deber de la aseguradora de actuar de buena fe nace de la imposición estatal del *ius imperium* a partir de la relación fiduciaria entre la aseguradora y el asegurado. Es decir, cuando exista una relación fiduciaria, el principio del *caveat emptor* no funciona, se aniquila por operatividad del orden público. De modo que el *caveat emptor* queda reducido a situaciones de transacciones privadas donde no medien situaciones fiduciarias[715].

En esta expansión del deber de actuar de buena fe al tramado precontractual en el *common law*, Palmieri (1993) refiere que:

> Cualquier intento de caracterizar el deber de buena fe como meramente contractual y, por lo tanto, negar la existencia del deber cuando no hay contrato es insostenible porque el deber de buena fe existe antes de que se celebre ningún contrato. Es un deber impuesto por la ley y está fuera de la libertad contractual de las partes. El deber de la buena fe pertenece a las prácticas imperantes de la comunidad de personas y sus nociones sobre lo que constituye el bienestar general. Es un deber permanentemente presente siempre que los seres humanos se relacionen entre sí. El incumplimiento de este deber es contrario a la política pública y contra *bonos mores* como estos conceptos son entendidos por la comunidad. Un hombre de probidad e inteligencia sabe que las prácticas y opiniones de

[712] Yelmen aborda en detalle el concepto de "yetkisiz temsil" o "representación no autorizada". Este concepto es similar a la misrepresentation, ya que implica a alguien actuando en nombre de otra persona sin la autoridad para hacerlo. (Yelmen, T. (2015) Agencia sin autorización. *Inonu University Faculty of Law Journal Special Issue Volume:1 Year 2015*, p. 415-417).
[713] Ley Nacional de Relaciones Laborales [NLRA]. 1935. (EE.UU.). En adelante "NLRA".
[714] Mussy analiza la importancia de la buena fe en las relaciones fiduciarias, contratos de seguros y asociaciones (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., pp. 26-28).
[715] Schmitz menciona que "Loyalitätspflichten" (obligaciones de lealtad) incluye "Aufklärungs-, Beratungs- und Mitwirkungspflichten" (obligaciones de información, consulta y cooperación), y considera que la culpa in contrahendo es un tipo de "Vertrauenshaftung" (responsabilidad fiduciaria), que puede estar relacionada con el concepto de "Erklärungshaftung" (responsabilidad de declaración) (Schmitz, E. (1980*). Responsabilidad de terceros en caso en la contratación.* Berlín: Duncker y Humblot, pp. 18-29).

> sus semejantes, "prácticas y opiniones en medio de las cuales nació y por las cuales se ha formado y educado su propia mente y conciencia" no permitirían que los quebrantamientos a la buena fe prevalezcan. p. 105

Y si existe este "deber de actuar de buena fe" en la etapa precontractual o negocial cuando medie una relación fiduciaria entre las partes, el principio del *caveat emptor* queda reducido a las situaciones o interacciones de carácter privado donde no existe una relación fiduciaria; sin embargo, como lo veremos a continuación, incluso en el fuero interno interrelacional privado de actores comunes y corrientes, el deber de evitar la falsedad o la misrepresentation (o sea el deber de evitar la mala fe[716]) viene impuesta por la figura de la *misrepresentación* o misrepresentation que puede dar lugar a una rescisión[717] del contrato o a daños.

Entonces, en este sentido, el deber de actuar de buena, en situaciones impuestas por mandato legal, del *ius imperium* u orden público del Estado, es decir, como principios impuestos por leyes de orden imperativo o de orden público, es un esquema basado en la política pública, donde Palmieri (1993) lo describe de la siguiente forma:

> Como requisito basado en la política pública, el deber de buena fe establece la norma de conducta que se exige a todos para desalentar la deshonestidad y fomentar la lealtad, la equidad y la apertura, fomentando así el comercio y el comercio, premiando la honestidad y la franqueza y condenando el engaño de cualquier tipo. Las consideraciones de caracterización meticulosa en el contrato o agravio, y las distinciones sistemáticas claras dentro de los dos órdenes de responsabilidad, no son importantes. Puede haber buenas razones en algunos casos para no permitir recursos extracontractuales por violación del deber de buena fe cuando existe un contrato... Sin embargo, lo que importa es que siempre se disponga de algún recurso por incumplimiento del deber de buena fe. (p. 106).

¿Y cuáles serían los mecanismos extracontractuales en el *common law* americano, mecanismos amparados por el orden público? Como ya lo hemos visto, la ley impone ciertas obligaciones a las partes de divulgar información[718] que es relevante antes de entrar en un contrato,

---

[716] Para Radisic el principio de la buena conlleva el de evitar engaños y amenazas al celebrar un contrato (Radisic, J. (1991). *Responsabilidad precontractual (culpa en la contratación).* Belgrado: Instituto de ciencias sociales, pp. 109-111).

[717] Oughton menciona que un tercero que compra de buena fe y sin conocimiento de algún defecto en el título está protegido contra la rescisión. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 682).

[718] Mosset Iturraspe aborda la prohibición de "inexactitudes" u "ocultamientos" que podrían llevar a error, engaño o confusión. También discute la prohibición de publicidad o propaganda que pueda inducir a error sobre las características o propiedades de un producto o servicio. (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, p. 84).

lo hemos visto en leyes como el RESPA[719], TILA[720], ECOA[721], FTC Act[722], entre otras[723]. Entonces, los parámetros para la obligación de divulgar información en el marco de una negociación preliminar, de acuerdo a la doctrina, se enmarca dentro de ciertos derroteros, según Palmieri (1993):

> Generalmente, no hay responsabilidad por el silencio a menos que exista el deber de revelar. Se ha reconocido el deber de divulgar en al menos siete circunstancias: (1) todos los hechos materiales que se han ocultado activamente deben ser divulgados; (2) las declaraciones anteriores que luego se descubra que son falsas o resulten ser falsas deben corregirse; (3) todos los hechos materiales deben ser revelados si se dice algo; (4) todos los hechos materiales deben ser revelados cuando existe una relación fiduciaria o confidencial entre las partes; (5) se debe divulgar información material superior sobre una transacción cuando la otra parte no pueda razonablemente descubrir la información y tenga una creencia errónea con respecto a ella; (6) todos los hechos materiales deben ser revelados en la formación de contratos de seguro y fianza; y (7) todos los hechos materiales deben ser revelados como lo requiere la ley. (p. 120).

Como vemos, no hay una obligación de divulgar la información a menos que exista una ley de por medio, es decir una obligación impuesta por el orden público a partir de una relación fiduciaria entre las partes. Entonces, el silencio no es sinónimo de fraude[724], a menos que existan esas relaciones fiduciarias y especiales circunstancias que las leyes recogieron[725].

---

[719] Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.).
[720] Truth in Lending Act [TILA], 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.).
[721] Equal Credit Opportunity Act. [ECOA]. 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974).
[722] Federal Trade Commission Act. [FTC Act]. 15 U.S.C. § 45 (1914).
[723] Consumer Credit Protection Act of 1968, CCPA (Estados Unidos); Consumer Data Protection Act of 2023 (Estados Unidos); Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act of Illinois of 1961 (Illinois); Consumer Product Safety Act of 1972, CPSA (Estados Unidos); Consumer Protection Act of 2010 (Estados Unidos); Consumer Protection Act of Tennessee of 1977 (Tennessee); Equal Credit Opportunity Act (ECOA), 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974) (Estados Unidos); Fair Credit Reporting Act of 1970, FCRA (Estados Unidos); Fair Debt Collection Practices Act of 1977, FDCPA (Estados Unidos); Federal Odometer Act of 1972 (Estados Unidos); Federal Trade Commission Act, FTC Act of 1914 (Estados Unidos); Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938 (Estados Unidos); Home Ownership and Equity Protection Act HOEPA of 1994 (Estados Unidos); Interstate Land Sales Full Disclosure Act of 1968 (Estados Unidos); Magnuson-Moss Warranty Act of 1975 (Estados Unidos); Patient Protection and Affordable Care Act of 2010, ACA (Estados Unidos); Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.); Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.); Uniform Voidable Transactions Act of 1984 (Estados Unidos); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of New York (Nueva York, 1970); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of North Carolina 1973 (Carolina del Norte); Uniform Voidable Transactions Act (2014, UVTA) (Estados Unidos)
[724] Por su parte, Cartwrigth y Hesselink ponen de manifiesto este tema del silencio, y manifiestan que, en algunos casos, como en Francia, se podría argumentar que el silencio del vendedor después de haber sido informado de las características que el comprador estaba buscando podría considerarse ocultación fraudulenta. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, pp. 422-423).
[725] Por su parte Kohls menciona específicamente que puede aplicarse la CIC "si se proporciona información incorrecta o se ocultan hechos desventajosos" (Kohls, R. (1990). *La responsabilidad de información precontractual según la ley de Alemania, EE.UU. e Inglaterra utilizando el ejemplo del banco líder de un sindicato de crédito.* Goettingen-Alemania: WiRe, p. 12)

Como podemos observar, este ramillete de comentarios es muy ilustrativo con respecto al accionar de la buena fe en las negociaciones preliminares. Como vemos, no existe una obligación de negociar de buena fe, pero eso no significa que existe una carta blanca para actuar de mala fe, ya que, al detectarse mala fe en la negociación preliminar, entran a tallar figuras como la *misrepresentation* (representación falsa), la restitución o el fraude.

2.5. Ausencia de la Obligación de Divulgar en Inglaterra

En el *common law* inglés, todavía sigue existiendo cierta hostilidad con respecto a este atemperamiento de la no divulgación de información, ya que los sistemas del *common law* se basan en el individualismo, pero con el tiempo ha ido ganando la propuesta concomitante con los derechos de los consumidores[726] y su derecho de acceder a información[727] cuando la otra parte dispone de ella y no le es accesible por sus propios medios.

A modo de ilustración en este sentido del *common law* inglés tenemos los comentarios de algunos tratadistas ingleses. Por ejemplo, Treitel (2013) piensa con respecto a la no obligación de divulgar en Inglaterra que: "A veces, la regla puede parecer funcionar de manera rigurosa; pero si existiera un deber general de divulgación, sería muy difícil decir exactamente qué debe divulgarse en un caso particular." (p. 390); sin embargo, hay excepciones, como por ejemplo los contratos llamados "ubérrima fidei" (máxima buena fe), como por ejemplo en los contratos de seguros (pp. 394-396), o arreglos familiares en torno a la división de un inmueble heredado (pp. 397-398), o incluso situaciones donde existe una limitada obligación de informar, como por ejemplo las garantías, o contratos de venta de tierras con defectos inusuales que un prudente y razonable compradore no se espera que lo descubrir (p. 398), o casos de compromisos que ponen fin a una disputa.

[726] Estevill aborda la evolución de los derechos de los consumidores y la responsabilidad de los fabricantes. Específicamente, analiza el impacto de la publicidad moderna y la cambiante dinámica del mercado, lo que ha llevado a nuevas expectativas y comportamientos por parte de los consumidores. (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, p. 848-850).

[727] En este sentido, Oughton aborda el principio de buena fe en el contexto del bienestar del consumidor (consumer's welfare). Destacando que una parte que invoca un principio legal válido de mala fe no debería tener derecho a beneficiarse de dicho principio. Menciona dos casos, *The Hansa Nord* y *Nicolene Ltd v Simmonds*, como ejemplos en los que se aplicó este principio para impedir que una parte se aprovechara de un incumplimiento o incertidumbre contractual de mala fe. Estos casos subrayan el compromiso del sistema legal con la equidad y la aplicación ética de los principios legales. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 12.)

También Treitel (2013) propone casos de una obligación de divulgar en situaciones donde existe una relación fiduciaria (como los socios de una compañía, el principal y el agente, o entre una compañía y sus promotores) (p. 399), o cuando exista un mandato legal como el caso de la Ley de Servicios Financieros y de Mercados del 2000, donde existen obligaciones de divulgar información sobre las acciones de la bolsa de valores (p. 399).

Ahora bien, con respecto a la Ley de Misrepresentación de 1967[728] (en adelante "LM1967), Treitel (2013) hace la aclaración que esta ley distingue la simple no divulgación de la activa misrepresentación (p. 402). Asimismo, explica que el estoppel inglés constituye un mecanismo de defensa a quien realiza una manifestación o afirmación. (p. 403). Mc Kendrick (2020) explica que esta ley le da un derecho a accionar a la parte lesionada para poder recobrar daños (p. 587).

En efecto, la sección 2(1) de la LM1967 dice:

> Cuando una persona ha celebrado un contrato después de que se le haya hecho una representación falsa por otra parte del mismo y como resultado de ello ha sufrido una pérdida, entonces, si la persona que hizo la representación sería responsable de los daños en caso de que la representación se hubiera hecho fraudulentamente, esa persona será responsable a pesar de que la representación no se haya hecho fraudulentamente, a menos que demuestre que tenía motivos razonables para creer y creyó hasta el momento en que se celebró el contrato que los hechos representados eran verdaderos[729].

El efecto de la misrepresentación en el ámbito contractual (sea intencional o negligente), grafica Mc Kendrick (2020), es la rescisión, que tiene efectos retrospectivos y prospectivos (p. 575).

3. La *Misrepresentation* del *common law*[730]

3.1. Hacia un concepto

Como lo sostiene Winfield (1946), en el *common law*, históricamente nunca ha existido la obligación de las partes (salvo ley en contrario) que estipule la obligación de decir la verdad sobre

[728] Ley de Misrepresentation de 1967. Reino Unido.
[729] En lo que concierne esta ley, es necesario aclarar, junto a Oughton, que la Ley de Misrepresentations de 1967 permite una acción por daños y perjuicios por una representación errónea negligente, y que el autor de la representación errónea tiene el deber de refutar la negligencia. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 659).
[730] El término "misrepresentation" se traduce como falsedad o misrepresentación. Diccionario webster online.

el objeto del contrato (p. 422). Sin embargo, el desenvolvimiento del comercio ha generado la necesidad de que en ciertas situaciones exista la obligación de develar e informar[731] sobre los pormenores del objeto materia del contrato, como, por ejemplo, casos de:

> a) Seguros, b) caución y garantía, c) venta de bienes inmuebles, d) asentamientos familiares, e) el contrato de asociación y luego, por analogía, los contratos para tomar acciones en empresas y los contratos de promotores. (p. 423-424).

Winfield (1946) desarrolla estos casos uno por uno para explicar cómo, por ejemplo, el ocultamiento de información del objeto asegurado, genera la nulidad del contrato de seguro (p. 425),[732] o una descripción errónea que afecte el valor o título de una propiedad inmueble hará anulable el contrato (p. 430). Asimismo, sigue Winfield, no todas las cauciones o garantías conllevan el deber de decir toda la verdad, sino que existen incidentes peculiares después que el contrato se forma, donde el garante queda librado de su responsabilidad en el caso de ocultamiento o misrepresentation o falsedad del objeto materia del contrato (p. 428.) Ahora bien, las garantías implícitas de calidad, estado físico y condición del objeto del contrato son en realidad condiciones, donde si los bienes entregados no cumplen dichas condiciones pueden ser rechazados (p. 425).[733]

Entonces la *misrepresentación* alude a la conducta de una parte que es la de engañar, u ocultar información[734] cuando por ley señala que una parte debería proporcionarla. Esta definición se asemeja a la doctrina de la CIC en la figura de la obligación de informar los defectos al comprador.[735]

---

[731] Kovac menciona que la no divulgación de información material puede ser motivo de responsabilidad. (Kovac, M. (2019). Culpa in Contrahendo, Promissory Estoppel, Pre-Contractual Good Faith and Irredeemable Acts. En *Asian Journal of Law and Economics*; Berlín Tomo 10, Nº 1, p. 19).

[732] Winfield hace la aclaración que, si un bróker realiza un ocultamiento de información o la dación de información incorrecta sobre el asegurado, no generará automáticamente la nulidad del contrato (Winfield, P. H. (1946) *Pollock's Principles of Contract*. London: Stevens & Sons Limited, p. 426).

[733] Holmes piensa que el contrato de garantía es un contrato accesorio (Holmes. (1991). *The Common Law.* New York: Dover Publications, Inc., p. 248). Por su parte, Mussy analiza el tema de la responsabilidad de un vendedor que no reveló que una propiedad no estaba en venta, lo que implica que está vinculada a misrepresentaciones (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., pp. 182-183).

[734] Witthause cree que existe responsabilidad cuando el vendedor tiene conocimiento de un defecto y oculta intencionadamente esa información con el fin de engañar al comprador (Witthause, D. (1986). *Perturbaciones en la relación de la deuda. Imposibilidad, Incumplimiento del acreedor, Incumplimiento positivo del contrato, Culpa in contrahendo, Responsabilidad del vendedor por defectos materiales.* Bochum-Alemania: Dr. N. Brockmeyer, p. 73).

[735] Penningroth estudia la evolución de las leyes en los EE.UU. y su conexión con el factor racial: "En la década de 1940, los jueces parecían romper la conexión teórica entre ser negro y ser incapaz, sosteniendo cada vez más que ser 'de color', 'ignorante' o sin un abogado ya no excusaba a un litigante de un mal contrato… Así que los abogados de los negros hablaban cada vez menos sobre el 'negro ignorante' y más sobre la misrepresentación, el analfabetismo o el aspecto físico del contrato (por ejemplo, contratos con manteca de cerdo con 'letra pequeña')" (Penningroth, D. (2022). Race In Contract Law. *University of Pennsylvania Law Review* -

De otro lado, como veremos en el appendix III, al analizar el caso del Tribunal de Casación Civil Italiano Cass. 11-03-2015, No. **25371**[736]*,* veremos la similitud con el caso del *common law* *Loosli v. City of Salem*, 345 Or. 303 (Or. 2008), y analizaremos la Sección 552 del Segundo Restatement de Torts[737], que trata sobre la responsabilidad por representaciones negligentes de la siguiente forma:

> (1) Quien, en el curso de su negocio, profesión o empleo[738], o en cualquier otra transacción en la que tenga un interés pecuniario, suministre información falsa para la guía de otros en sus transacciones comerciales, está sujeto a responsabilidad por pérdidas pecuniarias causadas a ellos por su legítima confianza en la información, si no ejerce un cuidado o competencia razonables al obtener o comunicar la información.
> (2) Salvo lo establecido en la Subsección (3), la responsabilidad establecida en la Subsección (1) se limita a las pérdidas sufridas
>
> (a) por la persona o uno de un grupo limitado de personas en cuyo beneficio y guía tiene la intención de suministrar la información o sabe que el destinatario tiene la intención de suministrarla; y
>
> (b) a través de la confianza en ella en una transacción que él tiene la intención de influir con la información o sabe que el destinatario también lo tiene, o en una transacción sustancialmente similar.
>
> (3) La responsabilidad de aquel que tiene un deber público de suministrar la información se extiende a las pérdidas sufridas por cualquier miembro de la clase de personas para cuyo beneficio se crea el deber, en cualquiera de las transacciones en las que se pretende protegerlos.

Vol. 170, Núm. 5, 1-105, p. 20). Por su parte Mussy considera el "deber de recopilar información" y la necesidad de que los abogados "ejerzan la debida diligencia" en relación con la naturaleza de su trabajo (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., pp. 163-164).

[736] En adelante "Caso *Fondedile",* ya estudiado en el Capítulo I.

[737] Second Restatement of Torts [SRT]. 1965-1979. (EE.UU.). §552: (1) Quien, en el curso de su negocio, profesión o empleo, o en cualquier otra transacción en la que tenga un interés pecuniario, suministre información falsa para la guía de otros en sus transacciones comerciales, está sujeto a responsabilidad por pérdidas pecuniarias causadas a ellos por su legítima confianza en la información, si no ejerce un cuidado o competencia razonables al obtener o comunicar la información.
(2) Salvo lo establecido en la Subsección (3), la responsabilidad establecida en la Subsección (1) se limita a las pérdidas sufridas

(a) por la persona o uno de un grupo limitado de personas en cuyo beneficio y guía tiene la intención de suministrar la información o sabe que el destinatario tiene la intención de suministrarla; y

(b) a través de la confianza en ella en una transacción que él tiene la intención de influir con la información o sabe que el destinatario también lo tiene, o en una transacción sustancialmente similar.

(3) La responsabilidad de aquel que tiene un deber público de suministrar la información se extiende a las pérdidas sufridas por cualquier miembro de la clase de personas para cuyo beneficio se crea el deber, en cualquiera de las transacciones en las que se pretende protegerlos.

[738] Oughton menciona el término de "confianza y lealtad" en los contratos de empleo, que está relacionado. Este término está implícito en cada contrato de empleo y los daños por su incumplimiento deben evaluarse de acuerdo con los principios contractuales ordinarios. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, pp. 622-624).

Como veremos en el appendix III dedicado al análisis de casos del *civil law* dedicados a la *Culpa in Contrahendo* (en la vertiente del incumplimiento de la obligación de informar)[739], la similitud entre la CIC con esta institución del *misrepresentation* (del *common law*) es impactante.[740]

Por otra parte, la gran diferencia entre el promissory estoppel y la *misrepresentation* es que el promisario o beneficiario confía y cambia de actitud basado en la confianza en la promesa o en las representaciones que se le han propuesto (promissory estoppel), mientras que si se hubiera basado en una falsa declaración o en una declaración hecha de mala fe o con malicia[741] (al igual que las declaraciones que el Segundo vertiente de la CIC expone en su naturaleza conceptual "RINP") entonces estaríamos frente a la *misrepresentation*. Williston (1938) lo expresó de la siguiente forma:

> La peculiaridad de un *promissory estoppel* es que no hay una declaración errónea de un hecho existente, sino simplemente una promesa, acuerdo o permiso para una conducta futura. Para los propósitos ordinarios del estoppel, esto no es suficiente. La única representación de un hecho existente es que se ha hecho una promesa o se ha dado un permiso, y un *estoppel* que niegue esto no brinda ayuda al beneficiario de la promesa, a menos que se sostenga además que una promesa, cuando el beneficiario ha actuado confiando razonablemente en ella, debe cumplirse. Esto no es la regla general en lo que respecta a las promesas, pero, como se indica en las secciones anteriores, es cierto en el caso de promesas para excusar condiciones y en cierta medida en el caso de promesas para renunciar a derechos. Tampoco es relevante aquí, aunque lo sea para establecer el fraude, que haya algún propósito, en el momento en que se da la promesa o se otorga el permiso, de romper la promesa o retirar el permiso. Si fuera necesario tener conocimiento de algún hecho para un *promissory estoppel*, no sería conocimiento de la veracidad o falsedad de un hecho representado, sino conocimiento de las circunstancias circundantes. Para crear una responsabilidad contractual original sobre la base del *promissory estoppel*, el Restatement of Contracts requiere conocimiento de hechos a partir de los cuales el promisor pudiera razonablemente anticipar que el beneficiario de la promesa tomaría una acción de carácter definido y sustancial confiando en ella y sufriendo daño como resultado. Sin embargo, cuando la promesa en la que se busca establecer un estoppel es una promesa de excusar el cumplimiento de una condición futura, casi siempre habrá razón para anticipar que el beneficiario, confiando en la promesa, no cumplirá la condición. No se puede admitir que haya necesidad de conocimiento más allá de esto. (pp. 578-579).

---

[739] Recuérdese que la CIC tiene -como lo vimos en los capítulos I y II- tres vertientes: incumplimiento del deber de cuidado, del deber de negociar de buena fe, y del deber de informar.

[740] Asimismo, Farnsworth señala que "Con pocas excepciones, todo comportamiento engañoso se considera un abuso del proceso de negociación" (Farnsworth, A. (1990). *Contracts*. Boston: Little Brown and Company, p. 249).

[741] Windscheid menciona la "arglistige Täuſchung" (engaño malicioso) y discute las implicaciones del fraude o engaño en un contrato. (Windscheid (1900) *Manual del Derecho de las Pandectas* (*Lerhbuch des Pandektenrechtes).* 8a ed. Universidad de Leipzig: Frankfurt, p. 520).

Como vemos, la diferencia entre el promissory estoppel y el *misrepresentation* está bien delimitada. De otra parte, la buena fe o la mala fe del promisor no es necesario para activar la figura del PE, pero sí es un elemento fundamental en la figura de la CIC (especialmente en el Segundo vertiente de la RINP). Con ello, como veremos en el appendix III, equiparamos la CIC con el *misrepresentation*, puesto que su similitud ínsita es conceptualmente correcta.

3.2. Misrepresentation en la inducción y misrepresentación en la ejecución: sus elementos

Farnsworth (1990) nos detalla la diferencia de una misrepresentation o falsedad que apunta a la inducción a celebrar un contrato o a la ejecución del mismo. Típicamente, una misrepresentation o falsedad en el proceso inductor se da, por ejemplo, cuando un vendedor tergiversa la calidad de los bienes, generando que el contrato sea anulable. Pero en raros casos la misrepresentation o falsedad se reconduce a la esfera de la ejecución contractual, como cuando una parte convence a otra parte a firmar un documento asegurando falsamente que no tiene efecto legal (p. 249), en cuyo caso el contrato sería nulo (p. 250).

Los elementos de la misrepresentation o falsedad en la inducción, serían, de acuerdo a Farnsworth (2009):

> a). Debe haber una aseveración o afirmación que no está de acuerdo con los hechos.
> b). La aseveración debe ser fraudulenta[742] o material.
> c). La aseveración debe ser confiada por el receptor que manifiesta su conformidad.
> d). La confianza del receptor debe ser justificada. (p. 250).

Cabe señalar que estos elementos son rescatados de la sección 161(b) del Segundo Restatement de Contratos[743], que señala que:

> (b) Una declaración hecha por una parte durante las negociaciones contractuales es engañosa si:

[742] Arenas García analiza el "dolo incidental", que se refiere a un engaño que no afecta las condiciones esenciales del contrato. (Arenas García, R. (2007). La Regulación de la Responsabilidad Precontractual en el Reglamento Roma II. *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, VII, p. 318).
[743] Restatment (Segundo) de Contratos (SRC), 1981. (EE.UU.)

(1) es materialmente falsa, es decir, es una afirmación importante que podría influir en la decisión de la otra parte de celebrar un contrato; y
(2) se hace intencionalmente o con negligencia[744]; y
(3) se hace con el propósito de engañar a la otra parte.

De modo que, a la luz de estos pasajes preliminares, veamos cómo se configuran conceptualmente cada uno de estos elementos, sobre todo en la misrepresentation o falsedad por inducción:

a). Debe haber una aseveración o afirmación que no está de acuerdo con los hechos

La esencia del engaño es una falsa representación de los hechos[745], que debe ser hecha al momento en que la representación se realiza, sobre un hecho pasado o sobre una circunstancia o evento contemporáneo, porque una promesa de un hecho futuro podría dar lugar a responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones (o tal vez dar lugar a un escenario de PE, según sea el caso).[746]

Esta aseveración puede ser un acto afirmativo o negativo. Es decir, se puede desdoblar en dos, por un lado, puede ser una aseveración, afirmación o representación engañosa (falsedad por acción) o puede ser por omisión[747], cuando hay un ocultamiento[748] o encubrimiento de un hecho o alguna información que no se divulga cuando existe una obligación de por medio[749].

En este sentido, traemos a colación lo estudiado en el capítulo II con respecto a el Segundo vertiente de la CIC (obligación de informar o divulgar información) y atamos sus postulados a los

[744] Leonhard menciona que la "Haftung des Verkäufers für das Verschulden" (responsabilidad del vendedor por negligencia) se ha desarrollado con el tiempo. (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, p. 28).
[745] En efecto, Oughton menciona que, para una reclamación por misrepresentation, es esencial que la declaración sea fáctica y no promisoria. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 139).
[746] Cfr. Farnsworth, A. (1990). *Contracts*. Boston: Little Brown and Company, pp. 250-251.
[747] Nickel cree encontrar responsabilidad cuando una de las partes ha retenido información o ha actuado de mala fe. Esto sugiere que la culpa in contrahendo puede estar vinculada a misrepresentaciones (Nickel, C. (2004). *Las consecuencias jurídicas de la culpa in contrahendo*. Berlín: Duncker y Humblot, pp. 66-67).
[748] Mosset Iturraspe trata el concepto de "dolo omisivo" o la omisión fraudulenta, que se refiere a la retención intencional de información importante con el fin de engañar a la otra parte. (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, pp. 59-60).
[749] Benati menciona la posibilidad de "omisión dolosa" y discute el deber de informar detalladamente. (Benatti, F. (2021). Responsabilidad Precontractual. Una visión comparada entre Italia y Perú. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, T. 100,* pp. 174-175).

derechos del consumidor. En este apartado, veremos la dinámica de la misrepresentation o falsedad por omisión haciendo hincapié a la diferencia entre el encubrimiento y la no divulgación.[750]

Para asistirnos en la diferenciación de estos dos conceptos que parecen similares, aunque no sinónimos, tenemos el caso *Laidlaw & Co. v. Organ*, 15 U.S. 178 (1817), en el cual la Corte planteó que la no divulgación no equivalía al encubrimiento. En este caso el demandado (comprador de tabaco de la empresa Laidlaw & Co) se había enterado que la guerra de 1812 había culminado y con ello el bloqueo británico de Nueva Orleans sería levantado, con lo cual el precio del tabaco iba a subir, de esta manera y con esta información el comprador adquirió tabaco de Laidlaw & Co, ignorante del tratado de Ghent. La Corte opinó que el contrato era válido y que no hubo falsedad por encubrimiento puesto que el acceso a la información era disponible a ambas partes. O sea, el Juez Marshall manifestó que el silencio no constituyó falsedad por encubrimiento, y lo expresó de la siguiente manera:[751]

> La pregunta en este caso es si la información de las circunstancias extrínsecas, que podían influir en el precio de la mercancía, y que se encontraban exclusivamente en el conocimiento del comprador, ¿debía haber sido comunicada por él al vendedor? El tribunal opinó que no estaba obligado a comunicarlo. Sería difícil delimitar la doctrina contraria dentro de límites adecuados, cuando los medios de información son igualmente accesibles a ambas partes. Pero al mismo tiempo, cada parte debe tener cuidado de no decir o hacer nada que tienda a imponerse a la otra (párrafos 184-ss).

De esta aseveración comprendemos que la falsedad está prohibida, pero que no toda negativa de brindar información equivale a encubrimiento. Sin embargo, cuando esta información está disponible al vendedor, pero no al consumidor, entonces la obligación de informar cobra relevancia, tal cual lo explicamos en el capítulo II referido a la vertiente de la CIC sobre la obligación de informar.

---

[750] Por su parte Nunes Fritz piensa que la CIC se da cuando existe una retención de información que induce a otra parte al error. Es decir, una "vorvertragliche Informationshaftung" (responsabilidad de información precontractual) surge cuando una parte proporciona información incorrecta o retiene información, lo que luego lleva a la otra parte a celebrar un contrato que de otro modo no habría firmado. Es decir, la omisión o comunicación de información falsa o incomplete constituye un incumplimiento del deber, que puede generar responsabilidad ((Nunes Fritz, K. (2018). *La culpa in contrahendo en el derecho alemán y brasileño. Un régimen precontractual basado en el derecho alemán de obligaciones*. Berlin: Walter de Gruyterp, p. 455-456, 461). Por su parte, Schmitz analiza el concepto de "Dritthaftung" o responsabilidad civil, que puede surgir de información falsa u omisiones. También analiza el concepto de "qualifiziertes Schweigen" o "silencio calificado", que puede interpretarse como una respuesta afirmativa o negativa a una pregunta, específicamente, y estudia cómo la CIC puede aplicarse a información falsa u omitida, y cómo puede usarse para responsabilizar a un tercero por declaraciones falsas (Schmitz, E. (1980*). Responsabilidad de terceros en caso en la contratación.* Berlín: Duncker y Humblot, pp. 126-127, 132, 133, 134).

[751] *Laidlaw & Co. v. Organ*, 15 U.S. 178 (1817).

De ahí que con el paso del tiempo las Cortes han burilado tres situaciones donde la no divulgación de información puede equivaler a un encubrimiento como fundamento de la falsedad por omisión, la misma que puede ser intencional o negligente:

1) Relaciones fiduciarias: en situaciones fiduciarias donde la confianza y la verdad son el corazón de la relación, una omisión de información equivale a falsedad por omisión.

2) Situaciones donde una parte posteriormente toma conocimiento que lo que dijo anteriormente ya no es cierto o verdadero, imponiéndosele la obligación de divulgar la nueva información.

3) La tercera situación de casos donde una parte posee mayor información que la otra pero no la revela. Ya vimos el caso de *Laidlaw & Co. v. Organ*, 15 U.S. 178 (1817), pero las Cortes han ido atemperando esta situación, sobre todo cuando la parte vendedora es la que posee mayor información con mayor accesibilidad de medios e instrumentos que los que posee el comprador. En este sentido las Cortes han determinado que en ciertas situaciones la no divulgación de que no existe algo es similar a la afirmación de su inexistencia.

Entonces, la no obligación de divulgar se ha ido atemperando con el tiempo, es decir, el histórico *caveat emptor* (que las partes se den cuenta) se ha modificado con el transcurso del tiempo. Actualmente el Segundo Restatement de Contratos § 161 (b)[752] dice:

> 161b. La no revelación por parte de una persona de un hecho que conoce es equivalente a una afirmación de que el hecho no existe en los siguientes casos solamente:
> (b) cuando sabe que la divulgación del hecho corregiría un error de la otra parte en cuanto a una suposición básica en la que esa parte está realizando el contrato, y si la no divulgación del hecho equivale a no actuar de buena fe y de acuerdo con normas razonables de trato justo.

En el mismo sentido, el Segundo Restatement de Torts § 551[753] expresa:

> 551. Omisión de revelar información
>
> (1) Una persona que omite revelar a otra persona una información que ella sabe o debería saber que es material para el otro y que el otro no tiene conocimiento razonable y no le

[752] Second Restatement of Contracts [SRC], Sección 161(b), 1981. (EE.UU.) que dice: La no revelación por parte de una persona de un hecho que conoce es equivalente a una afirmación de que el hecho no existe en los siguientes casos solamente:
(a) cuando sabe que la divulgación del hecho es necesaria para evitar que alguna afirmación previa sea una representación falsa o fraudulenta o sea material.
(b) cuando sabe que la divulgación del hecho corregiría un error de la otra parte en cuanto a una suposición básica en la que esa parte está realizando el contrato, y si la no divulgación del hecho equivale a no actuar de buena fe y de acuerdo con normas razonables de trato justo.
(c) cuando sabe que la divulgación del hecho corregiría un error de la otra parte en cuanto al contenido o efecto de un escrito que evidencia o incorpora un acuerdo en todo o en parte.
(d) cuando la otra persona tiene derecho a conocer el hecho debido a una relación de confianza y confidencialidad entre ellos.

[753] Second Restatement of Torts (SRT), Sección 551. 1965-1979. (EE.UU.)

sería razonable obtener por otro medio, comete una acción de negligencia si la omisión causa daño al otro.

(2) Una persona no está obligada a revelar información si:

(a) la información es de conocimiento público;

(b) la información es de fácil acceso para el otro;

(c) la información es conocida por el otro;

(d) la información no es material;

(e) la revelación de la información sería ilegal;

(f) la revelación de la información violaría una obligación fiduciaria;

(g) la revelación de la información sería una violación del deber de lealtad[754]; o

(h) la revelación de la información sería una violación de la confidencialidad.

Por su parte, Farnsworth (1991) expresa esta evolución de la obligación de divulgar o revelar[755] información: "Un tribunal es más propenso a esperar que una parte divulgue información si esa parte tiene conocimientos especiales o un medio especial de conocimiento que no está generalmente disponible para aquellos en la posición de la otra parte" (p. 256).

Como podemos ver, sin necesidad de recurrir al elemento de buena fe en la etapa de negociaciones, la divulgación de la información poco a poco ha ido ganándole el terreno al *caveat emptor* del *common law* en los EE.UU. Con ello, podemos equiparar el Segundo vertiente de la CIC con el *misrepresentation* (falsedad) por omisión.[756]

Un dato curioso de subrayar es que, a tenor de la Sección 161(b) del Segundo Restatement de los Contratos, la obligación de las partes de revelar información se da en los casos donde una parte sabe que la otra parte está incurriendo en un error[757] y que para evitarlo necesita revelar información material y trascendente para que dicha parte logre formular su decisión[758]. La buena

[754] Mosset Iturraspe afirma que la buena fe abarca deberes de diligencia, previsión, cooperación, información, reserva, custodia y fidelidad. (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, p. 280).

[755] Siber destaca el concepto de "Verschuldens beim Vertragsschluß" o "culpa en la conclusión del contrato". Este concepto parece referirse a la idea de que una de las partes puede tener la culpa por no revelar cierta información o por tergiversar los términos del contrato. (Siber (1914). Culpabilidad en Incumplimiento del Contrato. En Strohal, E. (editor) *El Comentario de Planck al Código Civil* (*Plancks Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*) II, 1, 4.a ed. Berlín: Gutentag Verlagsbuchhandlung, p. 195).

[756] Kausmanns (1966) enfatiza sobre la importancia de no crear falsas impresiones ya sea mediante la acción o inacción (Kausmanns, H. (1966). *Responsabilidad por culpa in contrahendo en derecho laboral.* Colonia: Dr. T. Mayer-Maly, pp. 30-31).

[757] Asimismo, Gómez Calle describe una situación en la que el vendedor retiene intencionalmente información con el fin de engañar al comprador. (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, pp. 53-55).

[758] Por su parte Chaussade Klein analiza el concepto de "reticence" o "reticencia" en la ley francesa, que se refiere a la retención intencional de información para engañar a alguien. Este concepto está relacionado con misrepresentaciones, que podrían sugerir un

fe, de acuerdo a la Sección 161(b) viene dada con fuerte ligazón a la evitación de la mala fe, es decir, el "fair dealing" está vinculado a desterrar la mala fe o la falsedad en estos contextos. La dialéctica de buena fe-mala fe deriva en la obligación de evitar la mala fe a través del ocultamiento de información[759] por parte del actor con mayor acceso a la información.

b). La aseveración debe ser fraudulenta o material

Si el receptor de la falsedad o misrepresentation intenta actuar bajo las premisas del tort (responsabilidad extracontractual), debe demostrar que la falsedad era fraudulenta[760] y material. Sin embargo, si el receptor desea simplemente rescindir el contrato, necesita demostrar que la aseveración era fraudulenta o material.[761]

La intención de defraudar (*scienter*) es una pieza fundamental para accionar. Esta intención de usar artilugios o malicia camina paralelamente con la mala fe o el dolo, tal cual lo estudiamos en los postulados del Digesto del acápite II de esta obra[762]. Es decir, este *scienter* no solamente es la intención de engañar sino también dejar que la otra parte continúe en su error.[763]

Sin embargo, aun cuando no se pueda demostrar la defraudación, es importante la materialidad de la misrepresentation para que el contrato queda anulado. El requerimiento de la materialidad consiste en que demostrar que la misrepresentation o la falsedad podría haber inducido a una persona razonable a celebrar un contrato.[764]

---

vínculo con la culpa in contrahendo (Chaussade Klein, B. (1992). *La "obligación de renseignements" precontractual en el derecho francés.* Berlín: Peter Lang, pp. 45-46). En el mismo sentido, Mussy considera que la responsabilidad por la reticencia siempre se trata en conexión con las obligaciones precontractuales de buena fe (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., p. 124).

[759] Patrzek vincula la CIC a temas de "violación de las obligaciones de divulgación y consulta" (Patrzek, K. (1992). *La conexión accesoria contractual en el derecho internacional privado: ilustrada por el derecho de daños, la gestión sin mandato, el derecho de enriquecimiento injusto y la culpa in contrahendo.* Munich: Verlag y Florentz, p. 9).

[760] Pérez Velásquez menciona un caso donde el demandado utilizó "maquinaciones fraudulentas" para obtener un desalojo, lo que puede implicar que hubo una representación errónea intencional o fraudulenta. (Pérez Velásquez, J. (2016). *La Indemnización de Daños y Perjuicios por Incumplimiento del Contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*. Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, p. 293).

[761] Cfr. Farnsworth, A. (1990). *Contracts*. Boston: Little Brown and Company, p. 257.

[762] Leonahrd sostiene que la buena fe requiere más que simplemente evitar el engaño intencional, y que también requiere actuar de manera concienzuda. Además, analiza cómo el principio de buena fe ha influido en el desarrollo de la responsabilidad por negligencia en el derecho contractual. (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, pp. 13-19).

[763] Mc Kendrick ha señalado que la misrepresentación es la ley del error inducido (Mc Kendrick, E. (2020). *Contract Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: University Press, p. 557).

[764] Cfr. Farnsworth, A. (1990). *Contracts*. Boston: Little Brown and Company, p. 258.

En otras palabras, mientras que para los torts se apunta a recobrar daños, en la esfera contractual se apunta a rescindir el contrato bajo la égida de la materialidad (independientemente del fraude).[765]

Para McKendrick (2020) la falsedad debe ser clara, o sea exenta de ambigüedades (p. 559), y debe consistir en una falsedad (p. 559) en forma de declaración o afirmación (pp. 559-560), aunque ya vimos que puede haber *misrepresentation* por omisión[766].

c). La aseveración debe ser confiada por el receptor que manifiesta su conformidad

Mientras que la probanza de un daño pecuniario es un elemento esencial de una acción de misrepresentation bajo los torts, donde se solicita la reparación de un daño, en la esfera contractual solamente se busca la rescisión[767] del contrato, donde "el asunto es si el demandante tiene suficiente interés para justificar desestructurar la finalidad de la transacción" (Farnsworth, 2020, p. 261).

d). La confianza del receptor debe ser justificada

Como venimos explicando anteriormente, la confianza del receptor de la falsedad o misrepresentation debe ser justificada. Ahora bien, el contexto bajo el cual se asienta la falsedad es importante estudiar para distinguir una mera opinión del declarante o una falsedad.[768]

3.3. Casos del Segundo Restatement de Contratos § 161(b)

Este numeral 161(b) puede ser equiparado con el Segundo vertiente de la CIC (ya estudiada en el capítulo II de esta obra, y pese a que nuestro objeto de estudio es el de comparar la tercera vertiente de la CIC (cual es la RINP) del *civil law* con el PE del *common law*, resulta importante

[765] Kohls habla sobre la misrepresentación activa, el uso de hechos engañosos y la expresión de opiniones falsas (Kohls, R. (1990). *La responsabilidad de información precontractual según la ley de Alemania, EE.UU. e Inglaterra utilizando el ejemplo del banco líder de un sindicato de crédito.* Goettingen-Alemania: WiRe, pp. 74-77).

[766] Por su parte, De la Puente y Lavalle se refiere al deber de lealtad (*duty of loyalty*) que requiere que las partes se abstengan de "toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo" durante el proceso de negociación. (De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Artículo 1362*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, p. 355).

[767] Oughton menciona que, según el *common law*, un contrato puede ser rescindido por representación errónea si la declaración se hizo de manera imprudente y sin preocuparse por si era verdadera o falsa. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 687).

[768] Cfr. Farnsworth, A. (1990). *Contracts*. Boston: Little Brown and Company, p. 264.

destacar los casos vinculados a este numeral 161(b) para entender cómo se configura en el c*ommon law* este deber de no engañar.

La sección 161 (b) del Segundo Restatement de Contratos impone el deber de revelar información importante cuando una parte sabe que hacerlo corregiría un error que está cometiendo la otra parte, y no revelarla equivaldría a mala fe[769]. Los casos en los que se aplica esta regla tienden a involucrar situaciones en las que una parte tiene conocimiento exclusivo de un hecho material y no lo revela, lo que lleva a la otra parte a celebrar un contrato bajo una suposición errónea.

Como vemos, tanto en el campo de la CIC como en la esfera del *misrepresentation* (misrepresentation o falsedad) la buena fe siempre conlleva a la evitación de la mala fe o el dolo[770]. Es una relación inevitable, y con ello la CIC se aleja de ser una figura comparable con el PE, puesto que su fisonomía queda comparada lógicamente con el misrepresentation.

En el caso *Jordan v. Knafel*[771] el tribunal determinó que el hecho de que la mujer no revelara que había tenido relaciones sexuales con otra pareja en el momento de la concepción, lo que llevó al hombre a creer que era el padre de su hijo, equivalía a una falta de actuación de buena fe y de acuerdo con estándares razonables de trato justo.

Los casos de *Lerner v. DMB Realty, LLC*[772] y *Croslin v. Enerlex*[773]*, Inc*. analizan el deber de revelar información en una transacción comercial y hacen referencia específica a la sección 161 del Segundo Restatement de Contratos. Ambos casos proporcionan una guía útil sobre el deber de revelar información material en una relación contractual.

Veamos algunos casos en detalle:

[769] Por su parte, Caruso (1993) piensa que el no revelar información relevante no es honesto ni eficiente (p. 101).
[770] Leonhard sostiene que los romanos solían usar términos como "celare", "mentiri" y "dolo malo" para indicar intención fraudulenta. (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, p. 17).
[771] *Jordan v. Knafel*, 378 Ill. 3d 219 (Ill. App. Ct. 2007).
[772] *Lerner v. DMB Realty, LLC*, 234 Ariz. 397 (Ariz. Ct. App. 2014).
[773] *Croslin v. Enerlex, Inc.,* 2013 OK 34 (Okla. 2013).

a. *Jordan v. Knafel*, 378 Ill. 3d 219 (Ill. App. Ct. 2007)[774]

El caso *Jordan v. Knafel* es relevante porque analiza la aplicación del Segundo Restatement de Contratos § 161(b) a una situación en la que una mujer no le reveló a un hombre que había tenido relaciones sexuales con otra pareja en el momento de la concepción, lo que llevó al hombre a creer que era el padre de su hijo.

> La Sección 161(b) del Segundo (Restatement de Contratos § 161(b) (1981)) es instructiva en este caso, siempre que uno haga una misrepresentation mediante la no divulgación: '(b) Cuando sepa que la divulgación del hecho corregiría un error de a la otra parte en cuanto a

[774] Seguido por *Advantage Futures LLC v. Seidenfeld*, 18 C 2567 (N.D. Ill. Jan. 17, 2020); *Eldridge v. Gordon Bros. Grp., L.L.C.*, 863 F.3d 66 (1st Cir. 2017); *Alliance Prop. Mgmt., Ltd. v. Forest Villa of Countryside Condo. Ass'n*, 47 N.E.3d 1142 (Ill. App. Ct. 2015); *Paloian v. Grupo Serla S.A. de C.V.*, 433 B.R. 19 (N.D. Ill. 2010); *Billhartz v. Comm'r,* 794 F.3d 794 (7th Cir. 2015); *Amari Co. v. Burgess*, 955 F. Supp. 2d 868 (N.D. Ill. 2013); *People v. $174,980 U.S. Currency*, 375 Ill. Dec. 46 (Ill. App. Ct. 2013); *Pederson v. Mi-Jack Products*, 389 Ill. App. 3d 33 (Ill. App. Ct. 2009); *People v. Nichole G. (In re Carolina*), 373 Ill. Dec. 134 (Ill. App. Ct. 2013); *Kim v. State Farm Mutual Auto. Ins. Co*., 2021 Ill. App. 200135 (Ill. App. Ct. 2021); *Elesh v. Ocwen Loan Servicing, LLC*, No. 12 C 10356 (N.D. Ill. Apr. 19, 2013); *PIPER v. DPFA, INC*., No. 09 CV 1220 (N.D. Ill. July 20, 2010); *Eldridge v. Gordon Brothers Group, LLC*, CIVIL ACTION No. 08-11254-DPW (D. Mass. Aug. 4, 2011); *Bank of Am. v. All About Drapes, Inc*., 2015 Ill. App. 142772 (Ill. App. Ct. 2015); M*arler v. Zachary Wulf & Bos Grp.*, 2021 Ill. App. 200200 (Ill. App. Ct. 2021); *Ill. Dep't of Healthcare & Family Servs. ex rel. Green v. Jones*, 2019 IL App (1st) 182352 (Ill. App. Ct. 2019); *Andersons, Inc. v. Walker*, Case Nos. 08-CV-2083, 08-CV-2098 (C.D. Ill. Mar. 26, 2010); *Advocate Health & Hosps. Corp. v. Cardwell*, 2016 Ill. App. 4th 150312 (Ill. App. Ct. 2016); *Eckert v. Freeborn & Peters LLP,* 14 C 2871 (N.D. Ill. Feb. 26, 2015); *Shelter Mut. Ins. Co. v. Flynn,* 2023 Ill. App. 221151 (Ill. App. Ct. 2023); *Precise Indus. Servs., Inc. v. First Pers. Bank*, 2013 Ill. App. 121249 (Ill. App. Ct. 2013); *Levato v. O'connor*, 20 C 1999 (N.D. Ill. Apr. 25, 2023); M.*B. Fin. Bank, N.A. v. Landmarks Pres. Council of Ill*., 2015 Ill. App. 140123 (Ill. App. Ct. 2015); *Isringhausen Imports, Inc. v. Union Pac. R.R. Co*., No. 3:16-cv-3160 (C.D. Ill. Sep. 20, 2016); *Naranjo v. Belfor U.S. Grp*., 22-cv-10924 (E.D. Mich. Sep. 6, 2023); *Breidecker v. Garnett Wood Prods. Co*., 3:20-CV-253-MAB (S.D. Ill. May 12, 2023); *Bank of Am. v. All About Drapes, Inc*., 2017 Ill. App. 162849 (Ill. App. Ct. 2017); *Sousa v. Astra Zeneca Pharms., LP,* 2013 Ill. App. 4th 120415 (Ill. App. Ct. 2013); *Schaffrath v. Schaffrath*, 2016 Ill. App. 150607 (Ill. App. Ct. 2016); *Pardo v. Mecum Auction Inc*., No. 12 C 08410 (N.D. Ill. Mar. 31, 2017); *Bunzl Retail Servs. v. Mid Atl. Med. Servs.,* 21 C 3761 (N.D. Ill. Feb. 1, 2022); *Shermer Aviation, LLC v. Dassault Falcon Jet Corp*., 2014 Ill. App. 131400 (Ill. App. Ct. 2014); *Starr v. Int'l Bhd. of Elec. Workers*, 2015 Ill. App. 2d 150166 (Ill. App. Ct. 2015); *Ardelean v. Ardelean,* 2015 Ill. App. 2d 140142 (Ill. App. Ct. 2015); *Washington v. Bd. of Educ. of Chi.,* No. 17 CV 2343 (N.D. Ill. Jan. 24, 2018); *Goulding v. Osceola Gold, Inc.,* No. 16 C 4860 (N.D. Ill. Feb. 21, 2017); *Turbuchuk v. E.T. Simonds Constr.* Co., No. 12-CV-594-WDS (S.D. Ill. Sep. 18, 2013); entre otros.

un supuesto básico sobre el cual esa parte celebra el contrato y si la no divulgación del hecho equivale a una falta de actuación de buena fe y de acuerdo con estándares razonables de trato justo'. Segundo Restatement de Contratos § 161(b) (1981). Aquí, en el momento de negociar el acuerdo, Knafel no dijo que había tenido relaciones sexuales con otra pareja en el momento de la concepción.

El hecho de que no haya revelado la información cuando ella era la única que tenía acceso a ella equivale a no actuar de buena fe y de acuerdo con estándares razonables de trato justo.

b. *Lerner v. DMB Realty*, LLC, 234 Ariz. 397 (Ariz. Ct. App. 2014)[775]

Este caso es relevante porque analiza el deber de revelar información en una transacción comercial y hace referencia específicamente a la sección 161 del Segundo Restatement de Contratos.

Quien no revela a otro un hecho que sabe que puede inducirlo justificadamente a actuar o abstenerse de actuar en una transacción comercial, está sujeto a la misma responsabilidad hacia el otro que si hubiera representado la inexistencia del asunto que no ha revelado, si, pero sólo si, tiene el deber hacia la otra parte de ejercer un cuidado razonable para revelar

[775] Seguido por *Roberts v. Livdahl,* No. 2 CA-CV 2016-0055 (Ariz. Ct. App. July 12, 2017); *Harper v. State*, 388 P.3d 552 (Ariz. Ct. App. 2016); *Shivkov v. Artex Risk Sols*., 974 F.3d 1051 (9th Cir. 2020); *AmerisourceBergen Drug Corp. v. Primrose Pharmacy*, Civil Action 16-6106 (E.D. Pa. Nov. 30, 2021); *IceMOS Tech. Corp. v. Omron Corp*., No. CV-17-02575-PHX-JAT (D. Ariz. Nov. 13, 2019); *In re Real Prop. Commonly Known as 5920 E. 30th St.*, No. 2 CA-CV 2016-0197 (Ariz. Ct. App. July 26, 2017); *Alexander v. State*, No. 1 CA-CV 16-0119 (Ariz. Ct. App. Dec. 1, 2016); *Bruno Fectay & Carine Bidaut Dba the Earth's Memory v. Tahiri*, No. 2 CA-CV 2015-0076 (Ariz. Ct. App. Nov. 30, 2015); *Minder v. Apple Musik Dev., LLC,* No. 1 CA-CV 14-0263 (Ariz. Ct. App. June 30, 2015); *First Fid. Bank v. Toll*, No. 1 CA-CV 14-0184 (Ariz. Ct. App. Apr. 23, 2015); *Best v. Elston, No*. 1 CA-CV 13-0408 (Ariz. Ct. App. June 10, 2014); *TCB Remarketing LLC v. Metro Auto Auction LLC*, No. CV-20-01826-PHX-MTM (D. Ariz. Sep. 28, 2022); *Advanced Reimbursement Sols. v. Aetna Life Ins. Co*., No. CV-19-05395-PHX-DLR (D. Ariz. Mar. 25, 2022); *Nuwer v. FCA US LLC,* 552 F. Supp. 3d 1344 (S.D. Fla. 2021); *Reger v. Ariz. RV Ctrs*., 515 F. Supp. 3d 915 (N.D. Ind. 2021); *Joshua David Mellberg LLC v. Will*, No. CV-14-02025-TUC-CKJ (D. Ariz. Mar. 27, 2015); *Joshua David Mellberg LLC v. Will,* 96 F. Supp. 3d 953 (D. Ariz. 2015); *Katt v. Riepe*, No. CV-14-08042-PCT-DGC (D. Ariz. July 25, 2014); *St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Ohio Cas. Ins. Co*., No. CV-11-1954-PHX-SMM (D. Ariz. Mar. 28, 2014); *Estate of Kuhling v. Glaze*, 196 A.3d 1125 (Vt. 2018); *Ivey v. Turning Point Homes & Dev*., 1 CA-CV 23-0021 (Ariz. Ct. App. Nov. 14, 2023); *Strojnik v. Flagexpress, LLC*, 1 CA-CV 21-0074 (Ariz. Ct. App. Nov. 9, 2021); *Strojnik v. Kashyap Hotels, LLC*, 1 CA-CV 21-0043 (Ariz. Ct. App. Nov. 9, 2021); *Sunstate Equip. Co. v. Davis,* No. 1 CA-CV 18-0222 (Ariz. Ct. App. Apr. 4, 2019); *Clark v. Sigmon-Mcbride*, No. 2 CA-CV 2017-0208 (Ariz. Ct. App. Nov. 21, 2018); *Ringer v. Dial,* No. 1 CA-CV 17-0279 (Ariz. Ct. App. Mar. 29, 2018); *Channel v. State,* No. 1 CA-CV 17-0011 (Ariz. Ct. App. Mar. 6, 2018); *Emerson v. O'Connor*, No. 1 CA-CV 15-0094 (Ariz. Ct. App. Jan. 5, 2017); *Meinel v. Vanguard Grp., Inc. (In re Estate of Meinel),* No. 2 CA-CV 2016-0032 (Ariz. Ct. App. Oct. 19, 2016); *Kimball v. Perkins (In re Estate of Perkins),* No. 1 CA-CV 14-0657 (Ariz. Ct. App. July 5, 2016); *Jamali v. Hyatt,* No. 1 CA-CV 15-0234 (Ariz. Ct. App. Mar. 24, 2016); *Emerson v. Garcia*, No. 1 CA-CV 14-0854 (Ariz. Ct. App. Oct. 6, 2015); A. *Miner Contracting, Inc. v. City of Flagstaff*, No. 1 CA-CV 14-0249 (Ariz. Ct. App. Oct. 1, 2015); *Kool Radiators, Inc. v. Evans*, No. 1 CA-CV 13-0756 (Ariz. Ct. App. Sep. 1, 2015); entre muchos más.

el asunto en cuestión. (2) Una de las partes en una transacción comercial tiene el deber de ejercer un cuidado razonable para revelar al otro antes de que se consuma la transacción, (a) asuntos que conoce y que el otro tiene derecho a saber debido a una relación fiduciaria u otra relación similar de confianza entre ellos; y (b) asuntos que conoce y que sabe que son necesarios para evitar que su exposición parcial o ambigua de los hechos pueda inducir[776] a error[777]; y (e) los hechos básicos de la transacción, si sabe que el otro está a punto de celebrarla bajo un error en cuanto a ellos, y que el otro, a causa de la relación entre ellos, las costumbres del comercio u otras circunstancias objetivas, esperarían razonablemente una revelación de esos hechos… En ausencia de una autoridad contraria de Arizona, seguimos el Restatement de la Ley.

c. *Croslin v. Enerlex*, Inc., 308 P.3d 1041 (Okla. 2013)[778]

Este caso es relevante porque analiza el deber de una parte de revelar hechos materiales y las consecuencias de no hacerlo. Sin embargo, el caso no menciona específicamente la sección 161

[776] En efecto, Gómez Calle menciona que el error puede atribuirse a la otra parte si "lo provocaron proporcionando información falsa", (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, p. 30).

[777] En este sentido Cartwright y Hesselink ponen un ejemplo para ilustrar este proceso de inducción al error, mencionan que A inició y continuó las negociaciones con B con el fin de demostrar la rentabilidad potencial del almacén e inducir a C a pagar un precio más alto. Esto sugiere que la conducta de A no fue de buena fe y que podría haber inducido intencionalmente a error a B. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, p. 112).

[778] Seguido por *Widner v. Enerlex, Inc.,* 313 P.3d 930 (Okla. 2013); *Sutton v. David Stanley Chevrolet, Inc*., 475 P.3d 847 (Okla. 2020); *Dani v. Miller,* 374 P.3d 779 (Okla. 2016); *Progressive N. Ins. Co. v. Pippin*, No. 17-6182 (10th Cir. Mar. 29, 2018); *Hopkins AG Supply LLC v. First Mountain Bancorp, Corp*., No. CIV-12-1141-C (W.D. Okla. May 24, 2017); *Clifton v. Shelter Mut. Ins. Co.*, No. CIV-14-152-D (W.D. Okla. Feb. 9, 2016); *Houchin v. Hartford Life Ins. Co.*, No. CIV-14-522-D (W.D. Okla. Feb. 8, 2016); *Young v. Dish Network, LLC*, No. 13-CV-114-JED-PJC (N.D. Okla. Oct. 30, 2015); *Choice Atm Enters., Inc. v. Petrig,* No. 13-CV-359-JED-TLW (N.D. Okla. Nov. 17, 2014); *Kimbro v. Davis H. Elliot Co.,* No. 13-CV-208-TCK-TLW (N.D. Okla. May 8, 2014); *Fox v. Crowgey (In re Crowgey)*, 517 B.R. 639 (Bankr. W.D. Va. 2014); *Hopkins AG Supply LLC v. Brunswick Cos.,* No. 17-6251 (10th Cir. Jan. 30, 2019); *In re Semcrude L.P.,* 796 F.3d 310 (3d Cir. 2015); *Musket Corp. v. Star Fuel of Oklahoma, LLC*, 606 F. App'x 439 (10th Cir. 2015); *Pine Tel. Co. v. Alcatel-Lucent U.S. Inc.,* No. 14-7012 (10th Cir. Mar. 27, 2015); *Curtis v. Progressive N. Ins. Co*., No. CIV-17-01076-PRW (W.D. Okla. Jan. 11, 2022); *Kunneman Props., LLC v. Marathon Oil Co.,* No. 17-CV-00456-GKF-JFJ (N.D. Okla. Sep. 24, 2019); *PWB Dev., L.L.C. v. Acadia Ins. Co*., No. CIV-17-387-R (W.D. Okla. Aug. 27, 2018); *Fid. & Deposit Co. of Md. v. Riess Family, LLC*, No. 16-CV-270-GKF-FHM (N.D. Okla. May 4, 2018); *Brown v. David Stanley Chevrolet, Inc*., No. CIV-17-190-D (W.D. Okla. Nov. 17, 2017); *McNeese v. Access Midstream Partners, L.P.,* No. CIV-14-503-D (W.D. Okla. Mar. 10, 2017); *Bristow First Assembly of God v. BP P.L.C*., 210 F. Supp. 3d 1284 (N.D. Okla. 2016); *Lane v. BP P.L.C.*, No. 15-CV-524-TCK-FHM (N.D. Okla. Sep. 28, 2016); *Lee v. BP P.L.C.,* No. 15-CV-525-TCK-TLW (N.D. Okla. Sep. 28, 2016); *Farley v. Stacy*, No. 14-CV-0008-JHP-PJC (N.D. Okla. June 23, 2015); *Shelter Gen. Ins. Co. v. Earth Smart Constr., Inc.,* No. 14-CV-190-TCK-PJC (N.D. Okla. Jan. 7, 2015); *Unit Petroleum Co. v. Veitch,* 79 F. Supp. 3d 1234 (N.D. Okla. 2015); *Pinnacle Packaging Co. v. One Equity Partners LLC*, No. 12-CV-537-JED-TLW (N.D. Okla. Dec. 23, 2014); *Deere & Co. v. Cabelka*, No. CIV-13-0511-HE (W.D. Okla. Sep. 23, 2014); *Kiefner v. Sullivan,* No. 13-CV-714-TCK-FHM (N.D. Okla. May 27, 2014); *Unit Petroleum Co. v. Frost*, No. 11-CV-627-JED-FHM (N.D. Okla. Feb. 13, 2014); *Voorhis v. BOK Fin. Corp*., No. 13-CV-197-CVE-TLW (N.D. Okla. Nov. 4, 2013); *State ex rel. Okla. Bar Ass'n v. Bailey*, 2023 OK 34 (Okla. 2023); *Pierson v. Joplin*, 2016 OK 40 (Okla. 2016); *Horton v. Hamilton*, 345 P.3d 357 (Okla. 2015); *Cnty. of L. A. Child Support Servs. Dep't v. Edward H*., No. B308246 (Cal. Ct. App. Jan. 21, 2022); *Estrada v. Kriz*, 2015 OK Civ. App. 19 (Okla. Civ. App. 2015); *Estrada v. Kriz*, 345 P.3d 403 (Okla. Civ. App. 2015); entre muchos otros.

(b) del Segundo Restatement de Contratos, por lo que no está claro si el deber de revelar en este caso surge de esa disposición.

> Las controversias en Harbor Mineral y Livingston surgieron de circunstancias similares a las circunstancias de este caso. Los compradores hicieron ofertas no solicitadas para comprar intereses minerales en el condado de Coal sabiendo que los intereses minerales estaban sujetos a órdenes de agrupación, que los ingresos minerales se habían acumulado bajo el órdenes de mancomunación, que el producto se había transmitido al Estado y que los vendedores desconocían estos hechos materiales, y los vendedores testificaron que no habrían vendido sus intereses mineros si hubieran tenido conocimiento de los hechos materiales. Ambas opiniones concluyeron que *Deardorf v. Rosenbusch* impuso a los compradores el deber de revelar[779] hechos materiales relacionados con la producción y los ingresos minerales acumulados al hacer las ofertas para comprar los intereses minerales...
>
> Lo que está en juego es la conclusión legal del tribunal de primera instancia extraída de los hechos indiscutibles de que el comprador de intereses minerales tenía el deber de revelar la producción a los propietarios de intereses minerales. *Mobil Oil Corporation v. Flag–Redfern Oil Co.*, 1973 OK CIV APP 5, 522 P.2d 651 (Aprobado para su publicación por la Corte Suprema).

d. *Witter v. Torbett*, 604 F. Supp. 298 (WD Virginia 1984)[780]

Este caso analiza el deber afirmativo de una parte de revelar hechos materiales a la otra parte en un contrato, incluso si la otra parte no solicita específicamente la información. Sin embargo, el caso no menciona específicamente la sección 161 (b) del Segundo Restatement de Contratos, por lo que no está claro si el tribunal se basó en esa disposición.

> La ley de Nueva York ha reconocido desde hace mucho tiempo que una parte de un contrato puede tener el deber afirmativo de revelar hechos que la otra parte del contrato

[779] Siber menciona el concepto de "arglistiger Verschweigung" o "ocultamiento malicioso". Esto parece implicar que la representación errónea (misrepresentation) puede ocurrir cuando una de las partes retiene intencionalmente información de la otra parte. (Siber (1914). Culpabilidad en Incumplimiento del Contrato. En Strohal, E. (editor) *El Comentario de Planck al Código Civil* (*Plancks Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*) II, 1, 4.a ed. Berlín: Gutentag Verlagsbuchhandlung, p. 196).

[780] Seguido por *Norfolk Southern Ry. Co. v. Emjay Envtl. Recycling, Ltd*., 09-CV-1322 (TCP) (WDW) (E.D.N.Y. Mar. 19, 2012); *X-It Products v. Walter Kidde Portable Equipment*., 227 F. Supp. 2d 494 (E.D. Va. 2002); *Chesapeake Supply Equip. v. J.I. Case*, 700 F. Supp. 1415 (E.D. Va. 1988); Fr*eedlander, Inc. v. NCNB National Bank of North Carolina,* 706 F. Supp. 1211 (E.D. Va. 1988); *Yale II Mining Associates v. Gilliam*, 586 F. Supp. 893 (W.D. Va. 1984).

podría considerar importantes, incluso aunque dichos hechos no sean solicitados: hay, por supuesto, ocasiones en las que se convierte en deber legal del individuo ofrecer voluntariamente información sin que otro la haya solicitado, ocasiones en las que no declarar un hecho equivale a una ocultación fraudulenta y evita un contrato igualmente que una falsedad afirmativa. *Rothmiller v. Stein*, 143 NY 581, 590591 , 38NE 718, 720 (1894).

El tribunal opina que los cuatro directores, Witter, Crofton, Torbett y Ketron, estaban sujetos *inter sese* por los deberes y obligaciones de las personas que ocupan posiciones fiduciarias entre sí. Los cuatro directores asumieron el estatus fiduciario entre ellos mismos debido al hecho de que eran empresas conjuntas.

La datación de transacciones corporativas por parte de Torbett, la falsificación de actas de reuniones ficticias y el abuso general de la estructura corporativa, dada la posición de Torbett como "insider" en ambas corporaciones, pusieron en serio peligro el valor de la contraprestación, es decir, las acciones de Americoal, que Witter y Crofton iban a recibir.

e. *Agrofresh Inc. v. Mirtech, Inc*., 257 F. Supp. 3d 643 (D. Del. 2017)[781]

Este caso es importante porque analiza el deber de una parte de revelar información material en el contexto de una relación contractual.

Una parte tiene la obligación de revelar 'información que, si no se divulga, provocará que sus declaraciones parciales de hechos sean engañosas'. *In re Student Fin. Corp*., 2004 WL 609329, en *5 (D. Del.

El Dr. Mir reveló sólo las patentes que tenían poco valor comercial, ocultando la tecnología MOF a la que atribuyó $100 millones en valor EBITDA. (PTX 143) El Dr. Mir también tergiversó sus intenciones existentes. Le dijo a AgroFresh en octubre de 2015 que estaba 'comprometido con el éxito de RipeLock y haré todo lo que esté a mi alcance para respaldar su éxito.' (PTX 113) Sin embargo, apenas un mes antes, el Dr. Mir había

[781] Citado por *Norfolk Southern Ry. Co. v. Emjay Envtl. Recycling, Ltd.,* 09-CV-1322 (TCP) (WDW) (E.D.N.Y. Mar. 19, 2012); *X-It Products v. Walter Kidde Portable Equipment*., 227 F. Supp. 2d 494 (E.D. Va. 2002); *Chesapeake Supply Equip. v. J.I. Case*, 700 F. Supp. 1415 (E.D. Va. 1988); *Freedlander, Inc. v. NCNB National Bank of North Carolina*, 706 F. Supp. 1211 (E.D. Va. 1988); *Yale II Mining Associates v. Gilliam*, 586 F. Supp. 893 (W.D. Va. 1984).

discutido con Decco su plan para 'avisar [a AgroFresh] que no apoyará a [AgroFresh] como consultor y que desarrollará un nuevo negocio 1-MCP con Decco". (PTX 76; PTX 77). Por lo tanto, el Dr. Mir tenía la intención existente de rescindir sus acuerdos con AgroFresh prematuramente al mismo tiempo que afirmaba su 'compromiso' con AgroFresh para conseguir la Tercera Ampliación.

Zettler testificó que no habría firmado la Tercera Prórroga si hubiera conocido estos hechos. (DI 94 en 229-231) El Dr. Mir tenía el deber de revelar estos hechos materiales en virtud de sus Acuerdos con AgroFresh y su relación especial con AgroFresh.

f. *Hudson v. Cobbs*, 118 Idaho 474 (Idaho 1990)[782]

El caso analiza el deber de revelar hechos materiales en el contexto de un contrato, donde la Corte sostuvo:

No revelaron la falsedad de estas declaraciones. Además, la conducta de Cobbs y Kennevick implica negligencia activa o malversación...

Restatement of Torts, 2d, § 551(1), tal como fue adoptado por este Tribunal en *Tusch Enterprises v. Coffin*, supra, y *Bethlahmy v. Bechtel,* supra. Sin embargo, por alguna razón inexplicable, este Tribunal ni siquiera discutió en su opinión actual los deberes definidos por los torts de fraude constructivo y no divulgación negligente.

Esta falta de divulgación, en combinación con la afirmación del acusado de que la casa sería un hogar de calidad, violó los deberes definidos por el *common law* de fraude constructivo y no divulgación negligente.

[782] Seguido por *Teply v. Lincoln,* 125 Idaho 773 (Idaho Ct. App. 1994); *Bishop v. Owens*, 272 P.3d 1247 (Idaho 2012); *Bishop v. Owens*, No. 37992 (Idaho Jan. 12, 2012); *Bates v. Seldin,* 146 Idaho 772 (Idaho 2009); *Karlson v. Harris,* 140 Idaho 561 (Idaho 2004); *Bott v. Idaho State Building Authority*, 128 Idaho 580 (Idaho 1996); *Duffin v. Idaho Crop Improvement Ass'n,* 126 Idaho 1002 (Idaho 1995); *MWI Veterinary Supply Co. v. Wotton*, No. 1:12-cv-00055-BLW (D. Idaho July 3, 2012); *Path to Health, LLP v. Long*, 161 Idaho 50 (Idaho 2016); *Berkshire Investments, LLC v. Taylor*, 153 Idaho 73 (Idaho 2012); *Coombs v. Curnow*, 148 Idaho 129 (Idaho 2009); *Vanderford v. Knudson*, 144 Idaho 547 (Idaho 2007); *Horner v. Sani-Top, Inc*., 143 Idaho 230 (Idaho 2006); *Horner v. Sani-Top, Inc.,* No. 31588 (Idaho June 5, 2006); *Gillingham Const. v. Newby-Wiggins*, 142 Idaho 15 (Idaho 2005); *Sumpter v. Holland Realty, Inc*., 140 Idaho 349 (Idaho 2004); *Hunter v. State*, 138 Idaho 44 (Idaho 2002); *Feld v. Idaho Crop Improvement Ass'n*, 126 Idaho 1014 (Idaho 1995); *Idaho First Nat. Bk. v. Bliss Valley Foods*, 121 Idaho 266 (Idaho 1992); *Toews v. Funk*, 129 Idaho 316 (Idaho Ct. App. 1994); *Wing v. Munns*, 123 Idaho 493 (Idaho Ct. App. 1992).

g. *Navigant Consulting v. Wilkinson*, 508 F.3d 277 (5th Cir.2007)[783]

Este caso analiza el deber de un empleado de revelar información importante a su empleador, que es análogo al deber de revelar según la Sección 161 (b) del Segundo Restatement de Contratos: "El empleado tiene el deber de tratar abiertamente con el empleador y revelarle completamente información sobre asuntos que afectan el negocio de la empresa. (citando *Bray v. Squire*s, 702 SW2d 266, 270 (Tex.App. -Houston [1er Distrito] 1985, sin orden judicial))".

3.4. Casos del Segundo Restatement de Torts § 551(1)

Bajo este epígrafe veremos los casos que se sustentan sobre la base de la sección 551(1) antes vista. En efecto, el Segundo Restatement de Torts § 551[784] expresa:

551. Omisión de revelar información

[783] Seguido por *UTSA Apartments, L.L.C. v. UTSA Apartments 8, L.L.C. (In re UTSA Apartments 8, L.L.C.),* 886 F.3d 473 (5th Cir. 2018); *McGowan & Co. v. Bogan*, 93 F. Supp. 3d 624 (S.D. Tex. 2015); *Belliveau v. Barco, Inc*., 987 F.3d 122 (5th Cir. 2021); *Eagle Suspensions, Inc. v. Hellmann Worldwide Logistics, Inc*., 571 F. App'x 281 (5th Cir. 2014); *Oracle Elevator Holdco, Inc. v. Exodus Sols.,* Civil Action 4:19-CV-4658 (S.D. Tex. Sep. 8, 2021); *Halprin v. Fed. Deposit Ins. Corp.,* 5:13-CV-1042-RP (W.D. Tex. Aug. 7, 2020); *Halprin v. Fed. Deposit Ins. Corp*., 5:13-CV-1042-RP (W.D. Tex. Jan. 24, 2020); *Thomas v. Hughes*, 27 F.4th 995 (5th Cir. 2022); *Ray v. Lynass*, 1:21-cv-0020-DH (W.D. Tex. Nov. 2, 2023); *Zodiac 21, Inc. v. Oyo Hotels, Inc*., CIVIL ACTION 20-63-SDD-RLB (M.D. La. Nov. 3, 2020); *Pfeiffer v. Ajamie PLLC*, 469 F. Supp. 3d 752 (S.D. Tex. 2019); *Roberts v. Overby-Seawell Co.,* Civil Action No. 3:15-CV-1217-L (N.D. Tex. Mar. 23, 2018); *Hamdan v. Tiger Bros. Food Mart Inc.*, CIVIL ACTION No. 15-412-BAJ-EWD (M.D. La. July 14, 2017); *Symetra Life Ins. Co. v. Rapid Settlements, Ltd*., CIVIL ACTION No. H-05-3167 (S.D. Tex. Nov. 21, 2012); *Alliantgroup, L.P. v. Feingold*, 803 F. Supp. 2d 610 (S.D. Tex. 2011); *Rimkus Consulting Group, Inc. v. Cammarata*, 688 F. Supp. 2d 598 (S.D. Tex. 2010); *Transverse, L.L.C. v. Iowa Wireless Servs*., 992 F.3d 336 (5th Cir. 2021); *Merritt Hawkins & Assocs., L.L.C. v. Gresham*, 861 F.3d 143 (5th Cir. 2017); *Jacked Up, L. L.C. v. Sara Lee Corp*., 854 F.3d 797 (5th Cir. 2017); *Painter v. Suire*, 650 F. App'x 219 (5th Cir. 2016); *In re Fitzgerald Marine Repair, Inc*., 619 F.3d 851 (8th Cir. 2010); *Meaux Surface Protection, Inc. v. Fogleman*, 607 F.3d 161 (5th Cir. 2010); R*ay Mart v. Stock Bldg. Supply of Texas,* 302 F. App'x 232 (5th Cir. 2008); U.*S. S.E.C. v. Snyder,* 292 F. App'x 391 (5th Cir. 2008); *BarZ Adventures Inc. v. Patrick*, Civil Action 4:20-CV-299 (E.D. Tex. Mar. 13, 2023); *Jiaxing Super Lighting Elec. Appliance, Co. v. CH Lighting Tech. Co*., 6:20-CV-00018-ADA (W.D. Tex. Mar. 8, 2023); *Drywall Elements, LLC v. Edward Wolff & Assocs.*, Civil Action 4:21-CV-00537-CAN (E.D. Tex. Sep. 30, 2022); *The CJS Sols. Grp. v. Clowers*, 1:21-CV-223-RP (W.D. Tex. Mar. 14, 2022); *R.P. Small Corp. v. Land Dep't*, 505 F. Supp. 3d 681 (S.D. Tex. 2020); *S-3 Pump Serv. v. First Nat'l Capital, LLC*, CIVIL ACTION No. 18-0450 (W.D. La. May 14, 2020); *Hanover Ins. Co. v. Oryx Oilfield Holdings,* No. 4:18-CV-832-A (N.D. Tex. Nov. 22, 2019); *Windsor v. Olson*, Civil Action No. 3:16-CV-934-L (N.D. Tex. May 10, 2019); *Rodriguez v. Wells Fargo Bank, N.A.,* CIVIL ACTION No. 7:18-CV-109 (S.D. Tex. Feb. 11, 2019); *Aramark Unif. & Career Apparel, LLC v. Hernandez*, No. 7:16-CV-336-BR (E.D.N.C. Sep. 26, 2018); *Higher Perpetual Energy, LLC v. Higher Power Energy, LLC*, Civil Action No. 4:17-CV-00414 (E.D. Tex. June 18, 2018); *Erfindergemeinschaft UroPep GbR v. Eli Lilly & Co.,* 276 F. Supp. 3d 629 (E.D. Tex. 2017); *Alexander O&G, LLC v. Nomad Land & Energy Res.,* LLC, CIVIL ACTION H-16-2965 (S.D. Tex. Aug. 16, 2017); entre muchos otros.

[784] Second Restatement of Torts (SRT), Sección 551. 1965-1979. (EE.UU.)

(1) Una persona que omite revelar a otra persona una información que ella sabe debería saber que es material para el otro y que el otro no tiene conocimiento razonable y no le sería razonable obtener por otro medio, comete una acción de negligencia si la omisión causa daño al otro.

En general, los casos que mencionan el Segundo Restatement de Torts § 551(1) en el contexto de una parte que no reveló información generalmente fallan a favor del demandante cuando el demandado tenía el deber de revelar la información y el demandante resultó perjudicado como tal.

a. *Outlook Windows Partnership v. York International Corp.,* 112 F. Supp. 2d 877 (D. Nebraska 2000)[785]

Este caso es relevante porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(1) en el contexto de una parte que no reveló información. El tribunal falló a favor del demandante sobre las reclamaciones por misrepresentation fraudulenta y misrepresentation negligente contra uno de los demandados, pero desestimó las reclamaciones contra el otro demandado. Veamos la parte pertinente:

> Un reclamo basado en la falta de divulgación de información se rige en cambio por la Restatement de torts (segundo) § 551 (1997).
>
> Quien no revela a otro un hecho que sabe que puede inducirlo justificadamente a actuar o abstenerse de actuar en una transacción comercial, está sujeto a la misma responsabilidad hacia el otro que si hubiera representado la inexistencia del asunto que no ha revelado, si, pero sólo si, tiene el deber hacia la otra parte de ejercer un cuidado razonable para revelar el asunto en cuestión. (2) Una de las partes en una transacción comercial tiene el deber de ejercer un cuidado razonable para revelar al otro antes de que se consuma la transacción, (a) asuntos que conoce y que el otro tiene derecho a saber debido a una relación fiduciaria u otra relación similar de confianza entre ellos; y (b) asuntos que conoce y que sabe que

[785] Seguido por *QA3 Fin. Corp. v. Fin. Network Inv. Corp*., 8:12CV5 (D. Neb. Mar. 19, 2013); *Sherman V. Shangli Jin Xin Export Fireworks Factory,* 485 F. Supp. 2d 1070 (D. Neb. 2007); *Accurate Communications, LLC v. Startel Corp.,* 4:05CV3286 (D. Neb. Feb. 28, 2006); *Jones v. Willis Shaw Express, Inc*., 8:04CV271 (D. Neb. Feb. 28, 2006); *Hunter v. Whisler Aviation, Inc*., 8:19-CV-339 (D. Neb. Dec. 27, 2019); *Cocke v. Whisler Aviation, Inc*., 8:19-CV-335 (D. Neb. Dec. 27, 2019); *In re Rust-Oleum Restore Mktg*., 155 F. Supp. 3d 772 (N.D. Ill. 2016); *Tamayo v. CGS Tires US, Inc*., No. 8:11CV61 (D. Neb. June 12, 2012); *Tierone Bank v. U.S. Money Source, Inc*., 4:06CV3135 (D. Neb. Oct. 3, 2007); *Dahlgren v. First National Bank of Holdrege*, 4:05CV15 (D. Neb. July 5, 2006); *Johnson v. Kansas City Life Insurance Company*, No. 4:05CV3280 (D. Neb. Feb. 10, 2006); entre otros.

son necesarios para evitar que su declaración parcial o ambigua[786] de los hechos sea engañosa; y (c) adquirió posteriormente información que sabe que hará falsa o engañosa una representación anterior que cuando se hizo era verdadera o se creía que lo era; y (d) la falsedad de una representación que no se hizo con la expectativa de que se actuaría sobre ella, si posteriormente se entera de que el otro está a punto de actuar basándose en ella en una transacción con él; y (e) hechos básicos de la transacción, si sabe que el otro está por celebrarla bajo error en cuanto a ellos, y que el otro, por razón de la relación entre ellos, las costumbres del comercio u otras circunstancias objetivas , esperaría razonablemente una divulgación de esos hechos.

b. *S Development Co. V. Pima Capital Management Co*., 201 Ariz. 10 (Ariz. Ct. App. 2001)[787]

Este caso es relevante para la nuestra investigación porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(1) y analiza el deber de revelar información en una transacción comercial. El tribunal falló a favor del demandante, quien alegó que el demandado no reveló un defecto en la propiedad.

[786] Domat aborda las consecuencias en caso de ambigüedad u oscuridad. Además, discute la responsabilidad del vendedor si vende una cosa por otra, o una cosa vieja por una nueva, ya sea que fueran ignorantes del defecto o conscientes de ello. (Domat, J. (1850). The Civil Law in Its Natural Oder. Boston: Charles Little y James Brown, p. 241).

[787] Seguido por *Bennett v. Pima Cnty. Cmty. Coll. Dist*., No. 2 CA-CV 2016-0019 (Ariz. Ct. App. Oct. 28, 2016); *Burton v. Lawley Auto Sales, L.L.C*., 2 CA-CV 2012-0169 (Ariz. Ct. App. July 19, 2013); *Dawson v. Withycombe*, 216 Ariz. 84 (Ariz. Ct. App. 2007); *Dawson v. Withycombe*, 215 Ariz. 399 (Ariz. Ct. App. 2007); L*erner v. DMB Realty, LLC,* 322 P.3d 909 (Ariz. Ct. App. 2014); *Gonzalez v. Roney*, No. 1 CA-CV 20-0258 (Ariz. Ct. App. Dec. 17, 2020); *Lakosky v. Solar Store, LLC*, No. 2 CA-CV 2016-0216 (Ariz. Ct. App. Oct. 16, 2017); *Beckett v. Sonoran Spine Ctr.,* P.C., No. 1 CA-CV 14-0041 (Ariz. Ct. App. June 2, 2015); *Casanova v. Nims*, No. 1 CA-CV 11-0623 (Ariz. Ct. App. Oct. 30, 2012); *Karla P. v. Ariz. Dep't of Econ. Sec*., 1 CA-JV 12-0057 (Ariz. Ct. App. Sep. 6, 2012); *City of Phoenix v. Vanyo*, No. 1 CA-CV 11-0296 (Ariz. Ct. App. Apr. 24, 2012); *D'Amico v. Structural I Co.,* 274 P.3d 532 (Ariz. Ct. App. 2012); *Wenzel v. Gray*, 1 CA-CV 10-0338 (Ariz. Ct. App. Oct. 4, 2011); *A Tumbling-T v. Flood Dist. of Maricopa*, 222 Ariz. 515 (Ariz. Ct. App. 2009); *Security Title v. Pope*, 219 Ariz. 480 (Ariz. Ct. App. 2009); *Kay S. v. Mark S*, 213 Ariz. 373 (Ariz. Ct. App. 2006); *Lopez v. Safeway Stores, Inc*., 212 Ariz. 198 (Ariz. Ct. App. 2006); *Maycock v. Asilomar Development, Inc.,* 207 Ariz. 495 (Ariz. Ct. App. 2004); *Lrep Ariz. LLC v. 597 Broadway Realty LP*, No. 20-15589 (9th Cir. May 7, 2021); *D Stadtler Tr. 2015 Tr. v. Gorrie*, No. CV-22-00314-PHX-DWL (D. Ariz. Mar. 13, 2023); *Rindlisbacher v. Steinway & Sons Inc*., 497 F. Supp. 3d 479 (D. Ariz. 2020); *Automotive Holdings, L.L.C. v. Phoenix Corners Portfolio*, No. CV-09-01843-PHX-JAT-PHX-JAT (D. Ariz. May 4, 2010); *Bridgwater Apartments, LLC v. 6401 South Boston Street, Inc*., Civil No. 05-cv-02021-REB-PAC (D. Colo. Feb. 7, 2006); *Aspen Biotech Corp. v. Wakefield,* 1 CA-CV 20-0384 (Ariz. Ct. App. Aug. 10, 2021); *Dream Games of Ariz. Inc. v. Tarp Holdings* , No. 1 CA-CV 19-0789 (Ariz. Ct. App. May 13, 2021); *Synergy Logistics Co. v. Singh,* No. 1 CA-CV 20-0286 (Ariz. Ct. App. Apr. 27, 2021); *Sanders v. Harris,* No. 1 CA-CV 19-0835 (Ariz. Ct. App. Jan. 28, 2021); *White v. 1ST Choice Surfaces LLC*, No. 1 CA-CV 19-0206 (Ariz. Ct. App. Apr. 23, 2020); *Rico v. Corr. Corp. of Am.,* No. 2 CA-CV 2017-0181 (Ariz. Ct. App. Oct. 31, 2019); *Ariz. Hydro Pro Carpet Cleaning, LLC v. Lakridis*, No. 1 CA-CV 18-0176 (Ariz. Ct. App. June 11, 2019); *Atkins v. Snell & Wilmer LLP*, No. 1 CA-CV 17-0519 (Ariz. Ct. App. Oct. 16, 2018); *Beckman v. Wells Fargo Bank, N.A*., A15-1819 (Minn. Ct. App. Oct. 3, 2016); *Calcagno v. Ainbinder*, No. 1 CA-CV 14-0623 FC (Ariz. Ct. App. June 14, 2016); *Napcor Corp. v. JP Morgan Chase Bank, NA*, 406 Ill. App. 3d 146 (Ill. App. Ct. 2010); entre otros.

Los apelados dedican gran parte de su escrito a refutar el argumento de los apelantes de que las cláusulas 'tal cual" en los contratos de compra los eximen de responsabilidad extracontractual por no divulgación.

Quien no revela a otro un hecho que sabe que puede inducirlo[788] justificadamente a actuar o abstenerse de actuar en una transacción comercial, está sujeto a la misma responsabilidad hacia el otro que si hubiera representado la inexistencia del asunto que no ha revelado, si, pero sólo si, tiene el deber hacia el otro de ejercer un cuidado razonable para revelar el asunto en cuestión. Segundo Restatement de Torts § 551(1).

c. *In re Russell*, 203 BR 303 (Bankr. SD Cal. 1996)[789]

Este caso es relevante para la nuestra investigación porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(1) y analiza el deber de una parte de revelar información material. El tribunal falló a favor del demandante y consideró que el hecho de que el demandado no revelara información constituía un fraude real.

Tal determinación es una cuestión de ley federal, no estatal, y los tribunales deben interpretar estos elementos de manera consistente con la definición del *common law* del término fraude real, como se establece en Segundo Restatement de Torts (1976) §§ 525-557A. Kirsh, 973 F.2d en 1457; *Field v. Mans*, US, 116 S.Ct. 437, 443-444, 133 L.Ed.2d 351 (1995).

---

[788] Leonhard menciona que un vendedor es responsable por misrepresentation si de manera negligente crea o mantiene un error acerca de la calidad del producto que se vende. (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, p. 59).

[789] Seguido por *Espy v. Stevens (In re Stevens),* No. 21-50219-SCS (Bankr. E.D. Va. Oct. 25, 2022); *Commercial Cash Flow, L.L.C. v. Matkins (In re Matkins),* 605 B.R. 62 (Bankr. E.D. Va. 2019); *Gemcap Lending I, LLC v. Bateman (In re Naturescape Holding Grp. Int'l, Inc.),* No. 16-00984 (Bankr. D. Haw. Oct. 2, 2018); *Plys v. Ang (In re Ang),* 589 B.R. 165 (Bankr. S.D. Cal. 2018); *Daniel v. Del Valle (In re Del Valle),* 577 B.R. 789 (Bankr. C.D. Cal. 2017); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Rodriguez (In re Rodriguez),* 568 B.R. 328 (Bankr. S.D. Cal. 2017); *Thomas v. Kenmark Ventures, LLC (In re Thomas),* BAP No. NV-16-1058-KuLJu (B.A.P. 9th Cir. Mar. 28, 2017); *Bestek Eng'g, Inc. v. Malyzsek (In re Malyzsek*), Case No.: 6:13-bk-10486-MH (Bankr. C.D. Cal. Jan. 12, 2017); *Takazawa v. Higashi (In re Higashi),* 553 B.R. 153 (Bankr. D. Haw. 2016); *Smith v. Davenport (In re Davenport),* 491 B.R. 911 (Bankr. W.D. Mo. 2013*); In Matter of Karpo*, No. 09-38892/JHW, Adv. No. 10-1132 (Bankr. D.N.J. July 22, 2011); *In re Pollace*, No. 08-10483, A.P. No. 08-1073 (Bankr. N.D. Cal. Feb. 19, 2009); *In re Hathaway*, 364 B.R. 220 (Bankr. E.D. Va. 2007); *In re Robinson*, 340 B.R. 316 (Bankr. E.D. Va. 2006); *In re Bowden*, 326 B.R. 62 (Bankr. E.D. Va. 2005); *In re Miller,* 310 B.R. 185 (Bankr. C.D. Cal. 2004); *In re Brown*, No. 02-02894-CH, Adv. No. 02-20122 (Bankr. S.D. Iowa Jan. 7, 2004); *In re Slaughter*, No. 02-21870; Adv. Pro. No. 02-2061 (Bankr. E.D. Tenn. July 30, 2003); *In re Finch*, 289 B.R. 638 (Bankr. S.D. Ohio 2003); *In re Mansel*, Bankruptcy No. 98 B 30062, Chapter 7, Adversary No. 99 A 517 (Bankr. N.D. Ill. July 19, 2001); *In re Deschaine*, C/A No. 00-07620-W, Adv. Pro. No. 00-80253-W (Bankr. D.S.C. May 7, 2001); *In re Abrams*, 229 B.R. 784 (B.A.P. 9th Cir. 1999); *In re Shahan*, No. 95-11945, Adversary Proceeding No. 95-1140 (Bankr. E.D. Tenn. Oct. 16, 1997); *IN RE NAFF,* No. 96-21436-SCS, Adversary Proceeding No. 96-2112-S (Bankr. E.D. Va. July 18, 1997); *In re Hassanally*, 208 B.R. 46 (B.A.P. 9th Cir. 1997); entre otros.

En Apte, supra, el Tribunal sostuvo que 'la no divulgación de un hecho material frente al deber de revelar establece el requisito de confianza para el fraude real según el Código de Quiebras. Apte, 96 F.3d en 1323. Destilando los estándares de § 551 del Segundo Restatement de Torts (1976), el Tribunal amplió su decisión explicando que una parte en una transacción tiene el deber de revelar un hecho material oculto cuando la otra parte no tiene sospecha de su existencia ni oportunidad de revelarlo y descubrirlo. Un hecho material es aquel que un comprador razonable podría haber considerado "importante en la toma de la decisión" de comprar. Id. en 1323; ver también, *Candland v. Ins. Co. of North America (In re Candland),* 90 F.3d 1466, 1470 (9th Cir. 1996) (a los efectos del § 523(a)(2)(B), un hecho material es aquel que, si se revelara, "en general afectaría decisión del prestamista o del garante").

d. *Vikse v. Flaby*, 316 NW2d 276 (Minnesota, 1982)[790]

Este caso es relevante para la nuestra investigación porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(1) y analiza la falta de divulgación de información por parte del acusado. El tribunal falló a favor del demandante y consideró que el demandado cometió fraude.

[790] Seguido por *Beltz v. Schwartz*, No. C6-99-713 (Minn. Ct. App. Nov. 23, 1999); *Kraus-Anderson Capital, Inc. v. Alamo Medical Supply & Equipment, Inc*., No. B222739 (Cal. Ct. App. Aug. 29, 2011); *V.H. v. Estate of Birnbaum*, 543 N.W.2d 649 (Minn. 1996); *National City Bank of Minneapolis v. Ceresota Mill Ltd. Partnership*, 488 N.W.2d 248 (Minn. 1992); *Rostad v. On-Deck, Inc*., 372 N.W.2d 717 (Minn. 1985); *Edstrom v. Commissioner of Public Safety,* No. A10-506 (Minn. Ct. App. Feb. 1, 2011*); In re Marriage of Bender v. Bernhard*, No. A05-1545 (Minn. Ct. App. June 20, 2006); *Walker Management Inc. v. FHC Enterprises, Inc*., 446 N.W.2d 913 (Minn. Ct. App. 1989); *NFD, Inc. v. Stratford Leasing Co.,* 433 N.W.2d 905 (Minn. Ct. App. 1989); *Noble Systems Corp. v. Alorica Central, LLC*, 543 F.3d 978 (8th Cir. 2008); *Syverson v. Firepond, Inc*., 383 F.3d 745 (8th Cir. 2004); *Hernandez v. Ecolab, Inc*., 20-cv-1806 (SRN/ECW) (D. Minn. June 13, 2023); *In re Toyota RAV4 Hybrid Fuel Tank Litig*., 20-cv-00337-EMC (N.D. Cal. Dec. 10, 2021); *Orthoaccel Techs., Inc. v. Devicix, LLC*, Civil No. 15-1503 (DWF/TNL) (D. Minn. July 29, 2015); *Corporate Comm'n of the Mille Lacs Band of Ojibwe Indians v. Money Centers of Am., Inc*., Civ. No. 12-1015 (RHK/LIB) (D. Minn. Nov. 7, 2012); *Louis v. Hulsey,* Civil File No. 12-821 (MJD/FLN) (D. Minn. Sep. 28, 2012); *Trooien v. Mansour*, Civil No. 06-3197 (JRT/FLN) (D. Minn. July 25, 2012); *Liimatta v. V H Truck, Inc.,* Civ. No. 03-5112 (JNE/RLE) (D. Minn. Aug. 30, 2005); *Stephenson v. Deutsche Bank AG,* Civ. Nos. 02-4845, 02-3682, 02-3711(RHK/AJB) (D. Minn. Sep. 8, 2003); *In re Vitamins Antitrust Litigation*, 270 F. Supp. 2d 15 (D.D.C. 2003); *Source One Enterprises, L.L.C. v. CDC Acquisition Corp.,* Civ. File No. 02-4925 (PAM/RLE) (D. Minn. May 29, 2003); *Dr. Performance of Minnesota v. Dr. Performance Management*, Civil No. 01-1524(DSD/SRN) (D. Minn. Nov. 12, 2002); *In re Vitamins Antitrust Litigation*, Misc. No. 99-197 (TFH), MDL No. 1285 (D.D.C. Oct. 30, 2001); *Hollingsworth v. Iwerks Entertainment, Inc.,* 947 F. Supp. 473 (M.D. Fla. 1996); *Stainbrook v. Kent*, 771 F. Supp. 988 (D. Minn. 1991); *Bielicki v. Empire Stevedoring Co., Ltd.,* 741 F. Supp. 758 (D. Minn. 1990); *Tonka Corp. v. TMS Entertainment, Inc*., 638 F. Supp. 386 (D. Minn. 1985); *Boubelik v. Liberty State Bank,* 553 N.W.2d 393 (Minn. 1996); *200 Levee Drive Ass'n v. Scott County*, 532 N.W.2d 574 (Minn. 1995); *State v. Zimmer*, 487 N.W.2d 886 (Minn. 1992); *Schweich v. Ziegler, Inc*., 463 N.W.2d 722 (Minn. 1991); entre otros.

Los demandados en el juicio presentaron evidencia de las siguientes omisiones[791] materiales: La regla general respecto de la responsabilidad por no divulgación está contenida en Restatement (Second) of Torts § 551 (1977). (1) Thunderbird Valley había aprendido en mayo de 1972 que el SEC estaba desafiando su capacidad de financiación mediante el uso de pagarés e hipotecas. (2) La empresa se enteró en octubre de 1972 de que la SEC iba a iniciar un litigio en Dakota del Sur y, de hecho, inició dicho litigio el 16 de noviembre de 1972.

e. *SE Prop. Holdings v. Stewart (In re Stewart),* No. 15-12215-JDL (Bankr. WD Okla. 3 de agosto de 2022)

Este caso es relevante porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(1) en el contexto de una parte que no reveló información. El tribunal falló a favor del demandante en esta cuestión, desestimando la moción del demandado de sentencia sumaria:

> Además, las falsas pretensiones utilizadas en § 523(a)(2)(A) incluyen omisiones materiales y significan 'misrepresentaciones implícitas o conductas destinadas a crear y fomentar una impresión falsa'. No se requiere una misrepresentation manifiesta, porque "las omisiones o la falta de divulgación por parte del deudor pueden constituir misrepresentaciones a los efectos de la no divulgación cuando las circunstancias del caso son tales que las omisiones o la falta de divulgación crean una impresión falsa que es conocida por el deudor.". Los tribunales examinan el Segundo Restatement de Torts § 551(1) y (2) para determinar si una parte tiene el deber de revelar: la Sección 551(1) establece: (1) Quien no revela a otro un hecho que sabe que puede inducirlo justificadamente a actuar o abstenerse de actuar en una transacción comercial está sujeto a la misma responsabilidad hacia el otro que si hubiera representado la inexistencia del asunto en el que no ha revelado, si, pero sólo si, tiene el deber hacia el otro de ejercer un cuidado razonable para revelar el asunto en cuestión. Véase *In re Rumsey Land Co*., LLC, 944 F.3d 1259, 1272 (10th Cir. 2019); *Level 3 Communications, LLC v. Liebert Corp*., 535 F.3d 1146, 1163-64 (10th Cir. 2008).

[791] Leonhard aborda el desarrollo de la responsabilidad del vendedor por misrepresentaciones y omisiones. Específicamente, discute las diferentes teorías sobre cuándo una promesa informal del vendedor se convierte en vinculante. (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, p. 24).

f. *Wright v. Brooke Group Ltd*., 652 NW2d 159 (Iowa 2002)[792]

Este caso es relevante porque menciona explícitamente el Segundo Restatement de Torts § 551(2)(b) y § 551(2)(c) en el contexto del deber del fabricante de revelar información importante a un consumidor. Aunque el caso no menciona específicamente el artículo 551(1), analiza el deber general de revelar información según el artículo 551(2), que es similar. El caso también falla a favor del demandante en este tema.

> Esta posición está de acuerdo con el Segundo Restatement de Torts, que establece: Una parte en una transacción comercial tiene el deber de ejercer un cuidado razonable para revelar a la otra antes de que se consuma la transacción... (b) asuntos conocido por él que sabe que es necesario para evitar que su declaración parcial o ambigua de los hechos sea engañosa... Segundo Restatement de Torts § 551(2)(b).

---

[792] Seguido por *Scott v. Dutton-Lainson Co*., 774 N.W.2d 501 (Iowa 2009); *Nationwide Agribusiness Ins. Co. v. Sma Elevator Constr. Inc*., 816 F. Supp. 2d 631 (N.D. Iowa 2011); *Mauer v. ICON Health & Fitness, Inc*., No. C18-2009-LTS (N.D. Iowa Mar. 4, 2020); *Sec. Nat'l Bank of Sioux City v. Abbott Laboratories*, No. 11-CV-4017-DEO (N.D. Iowa Feb. 1, 2012); *Daughetee v. Chr. Hansen, Inc.,* 960 F. Supp. 2d 849 (N.D. Iowa 2013); *Estate of Thompson v. Kawasaki Heavy Indus.,* Ltd., 922 F. Supp. 2d 780 (N.D. Iowa 2013); *Conveyor Company v. Sunsource Technology Services Inc*., 398 F. Supp. 2d 992 (N.D. Iowa 2005); *Advance Brands, LLC v. Alkar-Rapidpak, Inc*., No. 08-CV-4057-LRR (N.D. Iowa May 10, 2011); *McLeodusa Telecommunications Services v. Qwest Corp.*, 469 F. Supp. 2d 677 (N.D. Iowa 2007); *Johnson v. Harley-Davidson Motor Co.,* No. 3-949 / 03-0444 (Iowa Ct. App. Feb. 27, 2004); *Nicholson v. Biomet, Inc*., No. 21-2263 (8th Cir. Aug. 24, 2022); *Rembrandt Enters. v. Tecno Poultry Equip*., SpA, 21-CV-4007 CJW-KEM (N.D. Iowa Nov. 8, 2022); *Kelly v. Ethicon*, Inc., No. 20-CV-2036-CJW-MAR (N.D. Iowa Oct. 16, 2020); *Gilliland v. Novartis Pharm. Corp.,* 34 F. Supp. 3d 960 (S.D. Iowa 2014); *Rock v. Smith,* 985 F. Supp. 2d 1066 (S.D. Iowa 2013); *Small v. McCrystal*, No. 10-CV-04088-DEO (N.D. Iowa Apr. 4, 2012); *Benedict v. Zimmer, Inc.,* 405 F. Supp. 2d 1026 (N.D. Iowa 2005); *PFS Distribution Co. v. Raduechel,* 574 F.3d 580 (8th Cir. 2009); *Depositors v. Wal-Mart,* 506 F.3d 1092 (8th Cir. 2007); *Adrian Trucking, Inc. v. Navistar, Inc*., 609 F. Supp. 3d 728 (N.D. Iowa 2022); *Kruse v. Repp,* 611 F. Supp. 3d 666 (S.D. Iowa 2020); *Zurbriggen v. Twin Hill Acquisition Co*., 338 F. Supp. 3d 875 (N.D. Ill. 2018); *Klingenberg v. Vulcan Ladder USA*, LLC, No. 15-CV-4012-KEM (N.D. Iowa Mar. 9, 2018); *Specht v. Kubota Tractor Corp*., No. 16-CV-1012-LRR (N.D. Iowa June 6, 2017); *Boddicker v. American Honda Motor Co., Inc*., No. C10-1018 (N.D. Iowa Oct. 25, 2011); *Cummings v. Deere Company*, 589 F. Supp. 2d 1108 (S.D. Iowa 2008); *Housley v. Orteck International, Inc*., 488 F. Supp. 2d 819 (S.D. Iowa 2007); *Wurster v. Plastics Grp., Inc*., 917 F.3d 608 (8th Cir. 2019); Lakeside Feeders, Inc. v. Producers Livestock Mktg. Ass'n, 666 F.3d 1099 (8th Cir. 2012); *Lakeside Feeders, Inc. v. Producers Livestock Mktg. Ass'n*, 666 F.3d 1099 (8th Cir. 2012); *Doe v. Baxter Healthcare Corporation*, 380 F.3d 399 (8th Cir. 2004); *Dumler v. Wright Med. Tech., Inc*., No. C17-2033-LTS (N.D. Iowa Jan. 26, 2018); *Merfeld v. Dometic Corp*., 306 F. Supp. 3d 1070 (N.D. Iowa 2018); *Merfeld v. Dometic Corp*., No. C16-2096-LTS (N.D. Iowa Jan. 25, 2018); *Parks v. Ariens Co.,* No. C14-4005-MWB (N.D. Iowa June 30, 2015); *Mt. Carmel Mut. Ins. Ass'n v. CNH Am*., LLC, No. 12-CV-4112-DEO (N.D. Iowa Mar. 20, 2015); entre otros.

g. *Sung v. Hamilton*, 710 F. Supp. 2d 1036 (D. Haw. 2010)[793]

Según la ley de Hawái, la responsabilidad por no divulgación fraudulenta se rige por el Segundo Restatement de Torts § 551:

> Quien no revela a otro un hecho que sabe que puede inducirlo justificadamente a actuar o abstenerse de actuar en una transacción comercial, está sujeto a la misma responsabilidad hacia el otro como que si hubiera representado la inexistencia del asunto que no ha revelado, si, pero sólo si, tiene el deber hacia el otro de ejercer un cuidado razonable para revelar el asunto en cuestión. Id. Además, aunque no ha sido citado por ningún tribunal

[793] Seguido por *Pacific Stock, Inc. v. Pearson Educ. Inc*., CIVIL No. 11-00423 SOM/BMK (D. Haw. Jan. 11, 2012); *Zyda v. Four Seasons Hotels & Resorts*, CIV. No. 16-00591 LEK-RT (D. Haw. June 24, 2019); *Sunday's Child, LLC v. Irongate Azrep BW LLC*, CIVIL No. 13-00502 DKW-RLP (D. Haw. Feb. 10, 2017); *Pac. Stock, Inc. v. Pearson Educ., Inc.*, 927 F. Supp. 2d 991 (D. Haw. 2013); *Paik-Apau v. Deutsche Bank Nat'l Trust Co*., CIVIL. No. 10-00699 SOM/RLP (D. Haw. Jan. 31, 2012); *SSFM Int'l v. HNTB Corp*., Civil 23-cv-00279-DKW-WRP (D. Haw. Sep. 15, 2023); *Romspen Inv. Corp. v. JPL Haw., LLC*, 20-cv-00345 HG-RT (D. Haw. Apr. 14, 2022); *Cohen v. Subaru of Am., Inc.,* 1:20-cv-08442-JHR-AMD (D.N.J. Mar. 10, 2022); *JTH Tax LLC v. D'Souza*, Civil 20-00087 JAO-KJM (D. Haw. Sep. 24, 2021); *Chavez v. Deutsche Bank*, CIV. No. 17-00446 LEK-RT (D. Haw. Nov. 30, 2020); *Greys Ave. Partners v. Theyers*, 484 F. Supp. 3d 895 (D. Haw. 2020); *Reyna v. PNC Bank*, CIV. No. 19-00248 LEK-RT (D. Haw. May 8, 2020); *Mikkelsen v. Hank C.K. Wuh*, Civ. No. 19-00533 JMS-WRP (D. Haw. Apr. 20, 2020); *Taylor v. Bartolucci*, CIVIL No. 19-00494 JAO-KJM (D. Haw. Feb. 26, 2020); *Krizek v. Queens Med. Ctr.*, CIV. No. 18-00293 JMS-WRP (D. Haw. Nov. 22, 2019); *Char v. Simeona,* CIV. No. 18-00303 DKW-KJM (D. Haw. Sep. 10, 2018); *Kennedy v. Wells Fargo Bank*, CIVIL No. 18-00068 DKW-KJM (D. Haw. July 30, 2018); *Martin v. Hotel & Transp. Consultants, Inc.,* Civ. No. 17-00088 JMS-KSC (D. Haw. June 1, 2018); *Neale v. Volvo Cars of N. Am., LLC*, Civil Action No. 10-4407 (JLL) (D.N.J. Dec. 6, 2017); *Quinones v. UnitedHealth Grp. Inc.,* CIVIL No. 14-00497 LEK-RLP (D. Haw. June 28, 2017); *Quinones v. Unitedhealth Grp. Inc*., 250 F. Supp. 3d 692 (D. Haw. 2017); *DeRosa v. Ass'n of Apartment Owners of the Golf Villas,* CIVIL 15-00165 LEK-KSC (D. Haw. Aug. 31, 2016); *DeRosa v. Ass'n of Apartment Owners of the Golf Villas,* 185 F. Supp. 3d 1247 (D. Haw. 2016); *Flynn v. Marriott Ownership Resorts, Inc*., 165 F. Supp. 3d 955 (D. Haw. 2016); L*eff v. Bertozzi Felice Di Giovanni Rovai*, CIVIL No. 15-00176 HG-RLP (D. Haw. Dec. 29, 2015); *Du Preez v. Banis*, CIVIL No. 14-00171 LEK-RLP (D. Haw. Sep. 30, 2015); *Bench v. Wood (In re Wood),* 530 B.R. 836 (D. Haw. 2015); *Shankar v. United States Department of Homeland Security*, No. 13-cv-01490 NC (N.D. Cal. Feb. 6, 2014); *Courter v. Karolle*, CIVIL No. 11-00736 LEK-KSC (D. Haw. June 6, 2013); *Queen's Med. Ctr. v. Kaiser Found. Health Plan, Inc*., 948 F. Supp. 2d 1131 (D. Haw. 2013); *Skyline Zipline Global, LLC v. Domeck*, CIVIL No. 12-00450 JMS-BMK (D. Haw. Mar. 15, 2013); *Bracken v. Kyo-ya Hotels & Resorts, LP*, Civ. No. 11-00784 SOM/BMK (D. Haw. Nov. 13, 2012); *RLM Bus. Solutions, Inc. v. Procon Fleet Servs., LLC,* CV. No. 11-00712-DAE-KSC (D. Haw. Apr. 9, 2012); *Windward Aviation, Inc. v. Rolls-Royce Corporation*, Civ. No. 10-00542 ACK-BMK (D. Haw. July 6, 2011); *BlueEarth Biofuels, LLC v. Hawaiian Electric Co*., 780 F. Supp. 2d 1061 (D. Haw. 2011); *Pearson v. Suiter (In re Suiter),* No. 15-00083 (Bankr. D. Haw. Nov. 15, 2016); entre otros.

hawaiano para la proposición, Segundo Restatement de Torts § 550 establece que una parte de una transacción que mediante ocultamiento u otra acción impide intencionalmente a la otra adquirir información material está sujeta a la misma responsabilidad hacia la otra, por pérdida pecuniaria como si hubiera declarado la inexistencia del asunto. que el otro no pudo descubrirlo. Ver Segundo Restatement de Torts § 546 ("El autor de una misrepresentation fraudulenta está sujeto a responsabilidad por la pérdida pecuniaria sufrida por alguien que justificadamente confía en la verdad del asunto tergiversado, si su confianza es un factor sustancial para determinar el curso de conducta que resulta en su pérdida.")

3.5. Diferencia entre el *misrepresentation* bajo el Segundo Restatement de Contratos y bajo el Segundo Restatement de Torts: sus efectos

A lo largo de los epígrafes anteriores hemos deslizado sutiles diferencias entre un tipo de misrepresentation basado en los *torts* y otro basado en el contrato. Hemos manifestado que un efecto de utilizar la teoría contractual del *misrepresentation* es la de la postular la rescisión del contrato (debiendo demostrar o fraude o materialidad de la misrepresentation), mientras que bajo la férula de los torts la parte actora busca el resarcimiento de los daños para lo cual debe demostrar fraude y materialidad.[794]

Según el numeral 165 del Segundo Restatement de Contratos, el efecto de un contrato bajo misrepresentación es la anulabilidad[795] o rescisión. Burrows (2013) piensa que una inocente[796] misrepresentación puede dar lugar a la rescisión del contrato (p. 573): "La rescisión (o, como a veces se le llama, 'dejar sin efecto') elimina un contrato desde el principio. Es el remedio que acompaña a un contrato que es 'anulable'. La rescisión, por lo tanto, se diferencia de la terminación de un contrato por incumplimiento, que sólo libera las obligaciones futuras" (p. 584).

---

[794] Cfr. Farnsworth, A. (1990). *Contracts*. Boston: Little Brown and Company, p. 269.

[795] Sección 164 del Segundo Restatement de Contratos, 1981, EE.UU. dice: Cuando una Representación Falsa Hace que un Contrato Sea Anulable
(1) Si la manifestación de asentimiento de una de las partes es inducida por una representación fraudulenta o material por parte de la otra parte en la que el receptor está justificado en confiar, el contrato es anulable por el receptor.
(2) Si la manifestación de asentimiento de una de las partes es inducida por una representación fraudulenta o material por parte de alguien que no es parte en la transacción en la que el receptor está justificado en confiar, el contrato es anulable por el receptor, a menos que la otra parte en la transacción, de buena fe y sin razón para saber de la representación falsa, otorgue valor o confíe materialmente en la transacción.

[796] En el mismo sentido, Gómez Calle también establece que el vendedor no necesita actuar con intención o malicia para que el comprador tome medidas contra él. (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, p. 55).

4. *Misrepresentation* (*misrepresentation o falsedad*) fraudulenta y misrepresentation negligente

Desde las canteras del *common law* en Inglaterra, el *misrepresentation* se concibió como una figura ligada al fraude, sin embargo, el tiempo ha hecho que pueda tener una naturaleza negligente. Así Mc Meel (2008) explica que históricamente era así:

> Esto debe haber sido la base para muchas acciones legales, ya que eventualmente provocó la sección 6 de la Ley de Enmienda de la Ley de Estatutos de Fraude de 1828 (a menudo conocida como la Ley del Lord Tenterden), que requería que las representaciones falsas se hicieran por escrito y firmadas antes de que pudieran ser la base de una acción legal. Esta peculiar restricción sobre el alcance del engaño ha sobrevivido de alguna manera hasta el siglo XXI... Una autoridad de apelación enfática establece que la Ley de 1828 no se aplica a reclamaciones que no se basen en el fraude. De manera algo asimétrica, tenemos una condición de formalidad en la ley de representación fraudulenta en lo que respecta a representaciones sobre la solvencia crediticia de un tercero, pero no existe una regla similar para una representación negligente del mismo carácter. (p. 41)

Por su parte, Mc Kendrick (2017) se encargó de explicar que la segunda vertiente del *misrepresentation* es negligente, con lo cual queda despejada toda duda sobre el carácter doloso o fraudulento[797] del *misrepresentation*:

> El segundo tipo de representación es la representación negligente en el derecho común. En el período inmediatamente posterior al caso *Derry v Peek*, se pensaba que la representación negligente no era punible en responsabilidad extracontractual porque la responsabilidad en responsabilidad extracontractual sólo surgía en casos de representación fraudulenta (*Le Lievre v Gould [1893] 1 QB 491*). Sin embargo, esta opinión fue rechazada por la Cámara de los Lores en el caso *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932. Aunque la Cámara reconoció que la representación negligente podía ser punible, sostuvieron que sólo era punible cuando existía una relación contractual previa entre las partes o cuando las partes estaban en una "relación fiduciaria". Este enfoque restrictivo prevaleció en Inglaterra hasta 1951 (ver *Candler v Crane*, Christmas and Co [1951] 2 KB 164). (p. 310).

[797] Por ejemplo, Barrientos Zamora menciona el caso del banco que "claramente proporcionó información que indujo a error al consumidor", lo que podría implicar que hubo una representación intencional o fraudulenta. (Barrientos Zamorano, M (2012). Culpa in Contrahendo en Mutuo Hipotecario. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, No. 3, p. 844). Por otra parte, Cartwright y Hesselink mencionan que la representación fraudulenta por parte de A bien podría establecer también una reclamación por fraude en responsabilidad extracontractual, lo que implica que el fraude es la base para la representación errónea según la reformulación de responsabilidad extracontractual. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, p. 451).

En el caso *Hedley Byrne v Heller* de 1964, la Cámara de los Lores en el Reino Unido[798] expandió la responsabilidad por representación negligente. En este caso, unos agentes de publicidad solicitaron a los banqueros de su cliente una referencia sobre la salud financiera de la empresa. Los banqueros respondieron afirmativamente, pero con una renuncia de responsabilidad. A pesar de que el caso falló debido a esta renuncia, el fallo es importante porque los Lores habrían permitido la demanda si no hubiera sido por la renuncia. Esto amplió significativamente la responsabilidad en casos de representación negligente. La cuestión que quedó pendiente fue determinar los límites de esta ampliación de responsabilidad.[799]

En el *common law* inglés, a diferencia del *common law* americano, es hostil al principio de la buena fe en la ejecución de los contratos, bajo el argumento de que se debe proteger la autodeterminación, la lucha por el interés propio de cada parte, y evitar la inseguridad del concepto. Sin embargo, Mc Kendrick (2020) sugiere que esta hostilidad inglesa en la esfera de la ejecución contractual sea superada (p. 494), toda vez que el *common law* americano ya la ha admitido explícitamente (p. 490).

Ahora bien, en el sistema americano, la *misrepresentation* es un *tort (agravio)* que puede ser intencional -como el ocultar información[800] e inducir a la otra parte a actuar-, o negligente.

Los elementos de misrepresentation o falsedad fraudulenta generalmente incluyen: (1) una representación; (2) su falsedad; (3) su materialidad; (4) el conocimiento del promitente de su falsedad o la ignorancia de su verdad; (5) intención de engañar[801]; (6) dependencia; y (7) lesiones o daños resultantes. Por su parte, por misrepresentation o falsedad negligente, los elementos generalmente incluyen: (1) una misrepresentation o falsedad u omisión de un hecho; (2) que la representación u omisión es material o significativa; (3) que la persona/entidad acusada de negligencia no ejerció el grado de diligencia y experiencia que el público tiene derecho a esperar; (4) que el demandante se basó razonablemente en la misrepresentation o falsedad u omisión; y (5) que el demandante sufrió daños como resultado directo e inmediato de dicha confianza razonable.

[798] *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.
[799] Cfr. Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, pp. 310 y ss.
[800] Mosset Iturraspe discute conceptos relacionados como la omisión fraudulenta, la importancia de información precisa y completa, y la prohibición de "inexactitudes" u "ocultamientos". (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, p. 37-76.)
[801] Leonhard menciona que un vendedor es responsable por misrepresentación si hace una declaración falsa con la intención de engañar. (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, pp. 31-32).

Como vemos, la diferencia entre la misrepresentation intencional y negligente reposa en que en la primera la falsedad es producto de una intención de engañar (mala fe, dolo), mientras que en el segundo, el motor de la figura reposa en la diligencia requerida. Como hemos visto anteriormente, el ius imperium ha admitido ciertas figuras en determinados ámbitos de las relaciones negociales (bancarias, financieras, inmobiliarias, de seguros, etc.), donde la confianza viene dada por el orden público que impone una obligación de informar por parte de la parte con acceso a la información[802]. Esta obligación fiduciaria presupone que la falsedad desciende no de la intención de engañar sino de una omisión al deber de informar[803] ligado a su ínsita diligencia por razón de su función.

Los casos posteriores generalmente coinciden en los elementos de misrepresentation o falsedad fraudulenta y negligente, aunque existen algunas variaciones en la forma en que se articulan, y sobre todo en el esquema probatorio, por cuanto en el tramado intencional es necesario probar la mala fe, mientras que en el tramado negligente solamente es necesario probar el quebrantamiento de un deber de informar predicado por la norma, independientemente del estado mental o intención de engañar.

En casos de misrepresentation o falsedad fraudulenta, es importante destacar que de manera constante se subraya la necesidad de establecer una representación, falsedad y su relevancia en función de la intención de engañar (mala fe, dolo). Además, estos casos resaltan la importancia de demostrar que el promisor tenía conocimiento de la falsedad o desconocimiento de la verdad, junto con la intención de engañar. Por último, se hace hincapié en la necesidad de comprobar que el promisario se basó en la misrepresentation o falsedad y sufrió daños como consecuencia de ello.

En el caso de misrepresentation o falsedad negligente, los casos enfatizan de manera similar la necesidad de establecer una misrepresentation o falsedad u omisión de un hecho, su materialidad y la falta de cuidado razonable por parte del promitente. Los casos también enfatizan

[802] Piotet analiza cómo un vendedor puede ser culpable de culpa in contrahendo si no informa al comprador de los defectos de la cosa que se vende (Piotet, P. (1963). *Culpa en la contratación y responsabilidad precontractual en el derecho privado suizo.* Berna: Stempfli, pp. 138-139).

[803] Choi considera que el hecho creador de responsabilidad radica en "informes erróneos negligentes" o en la "omisión de aclaración obligada por el deber" (Choi, H. (1990). *La responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) y la protección de intereses económicos primarios en responsabilidad extracontractual.* Frankfort: Peter Lang, p. 261).

la importancia de demostrar que el demandante se basó razonablemente en la misrepresentation o falsedad u omisión y sufrió daños como resultado[804].

Por lo tanto, los factores clave que diferencian ambas figuras se encuentran en los elementos que hemos identificado en el Digesto, hace más de 1500 años: la buena fe y la diligencia. En un sentido, la demostración de mala fe (la intención de engañar o el dolo) se considera un paso esencial para establecer una representación intencionada falsa, mientras que, para probar una representación negligente, es necesario demostrar la falta de diligencia por parte del promisor. Esta distinción histórica se puede corroborar mediante el análisis de las citas en el Digesto que se encuentran en el segundo apéndice, lo cual se refleja en la casuística contemporánea, y para ello veamos algunos casos:

Por ejemplo, el caso *Gulf Coast Hospice* articula los elementos de misrepresentation o falsedad negligente de una manera ligeramente diferente, enfatizando la necesidad de demostrar que la persona/entidad acusada de la negligencia no ejerció el grado de diligencia y experiencia que el público tiene derecho a esperar. Además, el caso *Snyder* analiza la importancia de establecer "descuido al impartir palabras" para tener éxito en un reclamo por misrepresentation o falsedad negligente[805].

Los casos también difieren en términos de la medida en que hacen referencia al Segundo Restatement de Contratos y a al Segundo Restatement de Tort (Torts). Algunos casos, como *Abry P'rs y City of Warrensburg*[806], hacen referencia específicamente a ambos Restatements, mientras que otros, como *Rempel y Spears*[807], sólo hacen referencia al Segundo Restatement de Torts. Otros más, como *Gulf Coast Hospice y Rosenberg*[808], no mencionan ninguna de los Restatements, pero aún analizan en detalle los elementos de misrepresentation o falsedad fraudulenta y negligente.

---

[804] Por su parte, Widmer ha tratado el tema de "*falsatio procuration*", o contratación falsa, que podría considerarse un tipo de misrepresentación (Widmer, C. (2003). *Alcance de indemnización por contratos imperfectos. Demostrado por la falta de voluntad y la terminación de las negociaciones del contrato.* Munich: Helbing y Lichtenhahn, pp. 183-186).

[805] Leonhard analiza diversas situaciones en las que el vendedor puede ser responsable de una misrepresentation, incluyendo cuando el vendedor hace una afirmación descuidada o imprudente sobre un producto. (Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner, pp. 29-31).

[806] *Abry P'rs V, L.P. v. F & W Acq. LLC*, 891 A.2d 1032 (Del. Ch. 2006).

[807] *Rempel v. Nationwide Life Ins. Co.,* 471 Pa. 404, 370 A.2d 366 (Pa. 1977).

[808] *Gulf Coast Hospice LLC v. LHC Grp. Inc.,* 273 So. 3d 721 (Miss. 2019).

Lo que estamos observando es que en casos de misrepresentación en contratos, la consecuencia principal es la rescisión del contrato, siempre y cuando se pueda demostrar que la misrepresentación era sustancial o fraudulenta. Sin embargo, cuando una demanda se basa en el Segundo Restatement de Torts, es necesario que la representación sea necesariamente fraudulenta y sustancial, ya que se busca recuperar daños y perjuicios en ese contexto.

5. Sobre la CIC y la misrepresentation

Ahora bien, una vez que estamos premunidos de los elementos esenciales con respecto a la CIC y la misrepresentación, podemos realizar una comparación de ambas figuras.

Como mencionamos anteriormente en el capítulo II, la CIC consta de tres vertientes principales: el deber de protección, el deber de informar y el deber de negociar de buena fe. De estos tres vectores, no es necesario comparar el deber de protección, ya que este deber de cuidado en el *civil law* es incorporado por completo en el sistema de responsabilidad extracontractual (torts) del *common law*. Existe una identidad perfecta entre ambas figuras en ambos sistemas, por lo que no requiere un análisis más detenido.

Sin embargo, nos enfocaremos en los dos aspectos siguientes relacionados con el deber de informar y el deber de negociar de buena fe. Como anticipamos en el capítulo II, el deber de informar tiene sus raíces en el Digesto. En ese capítulo, proporcionamos numerosas citas del Digesto que respaldan este deber de informar. Este deber de informar está respaldado por la legislación comparada tanto en el *civil law* como en el *common law*. Además, desde el contexto del *common law*, hemos observado cómo el principio del "caveat emptor" ha sido modificado y adaptado a los tiempos contemporáneos, y hemos visto cómo la *misrepresentation* ha desempeñado un papel fundamental en el *common law* al establecer un sistema de protección al consumidor. Además, hemos notado que en ciertas relaciones de confianza existe una obligación extrema de buena fe, llamada "uberrima fidei,"[809] para proporcionar información y evitar que el promitente

[809] Wied subraya que los "contratos de máxima buena fe" ingleses implican que la buena fe es importante en este contexto (Wied, D. (2009). *Problemas de la calificación procesal civil en el campo de la tensión entre contrato y responsabilidad extracontractual. Una contribución a la interpretación del derecho procesal civil nacional desde una perspectiva europea.* Regensburg-Alemania: Peter Lang, p. 120). Por su parte Mussy estudia el tema de la "clausola generale di buona fede" (cláusula general de buena fe) que

tome decisiones basadas en información incorrecta. Es evidente que la similitud entre el segundo aspecto de la CIC y la *misrepresentation* es prácticamente idéntica, al menos en el *common law* estadounidense.

En cuanto a la tercera faceta de la CIC, la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), observamos en el capítulo I cómo la doctrina posterior a Ihering cambió drásticamente la doctrina que él había recién establecido. Ihering había buscado abordar una deficiencia en el sistema extracontractual alemán, que no podía lidiar con situaciones de "pure financial loss" o "pure economic loss" (pérdida puramente financiera o económica). Ihering creía que la diligencia era esencial para su nueva doctrina, basándose en el análisis de casos del Digesto como los "extra commercium" y las herencias inexistentes (véase el primer appendix). Sin embargo, la doctrina que surgió después de él reintrodujo desde el Digesto el otro elemento esencial, la buena fe, y la incorporó como un elemento fundamental de la doctrina. Como resultado, la doctrina se volvió más compleja, es decir, el dolo (o la mala fe o el engaño[810]) comenzó a tener un papel predominante, a pesar de los esfuerzos explícitos de Ihering (1861, pp. 30-37) por evitarlo. Con esto, el dolo (o la mala fe), pasó a ser el elemento central de esta nueva faceta de la CIC. En consecuencia, la Ruptura "injustificada" se convirtió en una ruptura "maliciosa" o "engañosa" de negociaciones preliminares (RINP)[811].

Así, cuando la RINP se convierte en una ruptura "engañosa" de negociaciones preliminares, la jurisprudencia incorpora el concepto de buena fe y su correspondiente contraposición, la "mala fe," y se enfoca en casos en los que hubo desinformación, ocultación[812] de información o dolo en la transmisión de promesas. En la práctica, la tercera faceta de la CIC (RINP) ha tomado elementos de la segunda faceta de la CIC (el deber de informar) para establecer una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares en los casos en los que la parte promitente

se utiliza para deducir una prohibición de reticencia. Además, analiza la importancia de la buena fe en otros contextos, como en los "rapporti di máxima buena fe" (relaciones de máxima buena fe) (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., pp. 214-215.)

[810] Cartwright discute el tort de engaño en el derecho inglés, que requiere que el demandado hiciera fraudulentamente una representación falsa al demandante. (Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press, p.

[811] Choe explica que "decipi" (engaño) es un elemento clave de la culpa in contrahendo, y también menciona la idea de "Erklärungshaftung" (responsabilidad por las declaraciones) en este contexto (Choe, Y. (1988). *Culpa en contrahendo by Rudolph Jhering.* Gottingen: Publicacion Otto Schwartz y Co., pp 8, 9).

[812] Siber señala las consecuencias del "arglistiges Verschweigen" (ocultación fraudulenta) de defectos en un contrato. (Siber (1914). Culpabilidad en Incumplimiento del Contrato. En Strohal, E. (editor) *El Comentario de Planck al Código Civil* (*Plancks Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*) II, 1, 4.a ed. Berlín: Gutentag Verlagsbuchhandlung, p. 191).

proporciona representaciones falsas, tendenciosas, engañosas o simplemente no brinda la información adecuada[813]. En este sentido, estas RINP se presentan como equivalentes a la *misrepresentation* fraudulenta, especialmente en el ámbito del Segundo Restatement de Torts, donde la parte demandante necesita demostrar la representación intencionalmente engañosa y, por lo tanto, demostrar el dolo o la mala fe en la declaración.

La mayoría de los casos que examinaremos en el appendix III de esta obra, tanto en España como en Italia y Alemania, enmarcan la RINP dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde una parte debe demostrar la mala fe del promitente que le proporcionó información o una representación falsa o incorrecta, y como resultado de su confianza en dicha representación, sufre un daño. La similitud o al menos la semejanza entre la misrepresentation intencional del Segundo Restatement de Torts en el *common law* y la RINP en el *civil law* es significativa y nos lleva a afirmar la similitud entre ambas figuras en ambos sistemas.

Ahora bien, otro aspecto interesante para comparar entre la CIC y el misrepresentation, es el referido al tema de la buena fe con respecto a la mala fe o dolo de la misrepresentation, sobre todo el tema de si la misrepresentación es intencional o negligente (o hasta inocente)[814]. Si la misrepresentation es intencional, necesariamente pasa por el tema de la intencionalidad (dolo), donde la mala fe debe probarse en el sentido de probar que el demandado actuó de manera intencional o engañosa o fraudulenta y que dicha conducta era material para el contrato. Si la parte actora puede demostrar que hubo este elemento fraudulento y material[815], entonces podría demandar por daños al amparo del numeral 551 (1) del Segundo Restatement de Torts. Sin embargo, si la falsedad no fue intencional, es decir, fue resultado de una negligencia (o hasta de una omisión inocente), entonces, la parte actora solamente requiere demostrar que la inducción al

[813] Por su parte, Choi vincula las declaraciones falsas o la falta de divulgación de información relevante para el contrato bajo el principio de la CIC (Choi, H. (1990). *La responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) y la protección de intereses económicos primarios en responsabilidad extracontractual.* Frankfort: Peter Lang. p. 261).

[814] Hahn (2004) piensa que la violación al deber de informar puede ser intencional (con astucia o dolo) o por negligencia (Hahn, A. (2004). *Reclamaciones de remuneración por servicios en ausencia de una base contractual. Un viaje a través de cuatro europeos jurisdicciones.* Berna: Stampfli, pp. 340-341), al igual que en las fraudulentas o negligentes. De la misma forma Hehli habla de un engaño intencional o de un engaño negligente (Hehli, C. (2008). *Recursos alternativos del comprador con especial referencia a la responsabilidad por culpa in contrahendo.* Zurich: Schulthess, pp. 106 y ss.), al igual que una falsedad o misrepresentación fraudulenta o por negligencia.

[815] Kovac menciona que menciona que, bajo la ley inglesa, una parte que proporciona información falsa a otra parte puede ser responsable en el delito de engaño si no tiene una creencia honesta en la verdad de la información. Además, bajo la ley china, una parte puede ser responsable por ocultar deliberadamente hechos importantes o proporcionar información falsa. (Kovac, M. (2019). Culpa in Contrahendo, Promissory Estoppel, Pre-Contractual Good Faith and Irredeemable Acts. En *Asian Journal of Law and Economics*; Berlín Tomo 10, Nº 1, pp. 11-12).

error fue material (no intencional[816] o fraudulenta), de modo que podrá solicitar la rescisión del contrato (y recuperar todo lo proporcionado bajo la influencia del error) bajo el numeral161(b) del Segundo Restatement de Contratos[817]. Como vimos, la diferencia entre el Restatement de Contratos con el de Torts, es que en el primero (contratos) la parte actora necesita probar o que el promitente actuó con intención fraudulenta (contraria a la buena fe) o que dicha falsedad fue material (tema de la culpa); mientras que, en los torts, la parte actora requiere demostrar que la falsedad fue material y fraudulenta.

Del mismo modo, en la teoría original de la diligencia in contrahendo de Ihering, este autor sostuvo que la responsabilidad del promitente se fundamentaba en la violación de su deber de actuar de manera diligente. Sin embargo, posteriormente a la obra de Ihering, la doctrina amplió la noción de diligencia in contrahendo y la convirtió en un *dolo in contrahendo* (o una ruptura *maliciosa* de las negociaciones preliminares). Esto implicó que la parte que inicia la acción legal debe demostrar la existencia de mala fe o dolo por parte del promitente, ya que se presume la buena fe. En consecuencia, el dolo sustituye a la culpa y requiere que el demandante demuestre la intención engañosa. En la práctica, como examinaremos en los capítulos VI, los casos del RINP, vistos desde la perspectiva del PE, se reducen a una comparación casi idéntica entre la CIC y esta figura de la representación engañosa o dolosa[818].

En ese sentido, la doctrina ha examinado el tema de las misrepresentaciones o representaciones erróneas dentro del contexto de la teoría de la CIC y llega a la conclusión de que la CIC está impregnada de representaciones erróneas con intención engañosa. Así, por ejemplo, Nunes Fritz (2018) cree que las misrepresentaciones fraudulentas (arglistige Täuschung) nacieron paralelamente a las misrepresentaciones negligentes (fahrlässige Täuschung) en la legislación alemana (p. 21); asimismo cree que una parte puede ser responsible por brindar información falsa (pp. 329-331) creando una apariencia falsa de validez del contrato ("herbeiführung eines Anscheins der falschen Wirksamkeit des Vertrages") (pp. 318-319). De la misma forma, piensa

[816] Windscheid aborda el concepto de "Mentalreservation", que se produce cuando alguien tergiversa intencionalmente algo con el objetivo de engañar a otra persona. Sin embargo, también discute casos en los que la representación errónea no es intencional, como cuando alguien está bromeando o intentando enseñar una lección. (Windscheid (1900) *Manual del Derecho de las Pandectas* (*Lerhbuch des Pandektenrechtes).* 8a ed. Universidad de Leipzig: Frankfurt, p. 499).
[817] Restatement (Segundo) de Contratos (SRC), 1981. (EE.UU.)
[818] Choe explica que "decipi" (engaño) es un elemento clave de la culpa in contrahendo, y también menciona la idea de "Erklärungshaftung" (responsabilidad por las declaraciones) en este contexto (Choe, Y. (1988). *Culpa en contrahendo by Rudolph Jhering.* Gottingen: Publicacion Otto Schwartz y Co., pp 8, 9).

que el dolo (Tatbestand der arglistigen Täuschung) existe cuando un vendedor por ejemplo tiene conocimiento de un defecto y lo occulta deliberadamente al comprador para inducirlo a contratar (pp. 506-507).[819]

De manera que, las figuras del error y de la misrepresentación engañosa son expuestas por Nunes Fritz (2018) que habla de fahrlässige o vorsätzliche Nicht- o Fehlinformationen (falsas declaraciones negligentes o intencionadas) (p. 563).[820] Finalmente, cree que existe una vinculación entre la CIC y las misrepresentaciones[821].

Además, Popp (2001) sostiene que la culpa in contrahendo es una "falsificación de la realidad" o una "ocultación de la verdad" (p. 161). Él argumenta que el deber de informar es equivalente al deber de no engañar, es decir, de no inducir a error (p. 199). Esto se alinea con la posición del Segundo Restatement de Contratos § 161(b) y la sección § 551(1) del Segundo Restatement de Torts, donde la buena fe se interpreta en el contexto de no engañar. Popp (2001) también sugiere que un lenguaje ambiguo puede dar lugar a malentendidos y errores, lo que podría resultar en responsabilidad (p. 209).[822] Esto se relaciona con los casos de misrepresentaciones inocentes que hemos discutido en secciones anteriores[823].

[819] Para Nunes Fritz la "información falsa u omitida" y "Fehlinformation" (en alemán, "desinformación"), lo que implica que está vinculado a misrepresentaciones (Nunes Fritz, K. (2018). *La culpa in contrahendo en el derecho alemán y brasileño. Un régimen precontractual basado en el derecho alemán de obligaciones*. Berlín: Walter de Gruyter, p. 540).

[820] Nunes Fritz analiza el tema de las "misrepresentaciones" en relación con la culpa in contrahendo, sí menciona varios casos en los que una parte se comporta de una manera que lleva a la otra a celebrar un contrato con falsos pretextos. Por ejemplo, analiza casos en los que una de las partes no revela un problema de validez del contrato o no advierte a la otra parte sobre un problema potencial. Estos casos podrían considerarse misrepresentaciones (Nunes Fritz, K. (2018). *La culpa in contrahendo en el derecho alemán y brasileño. Un régimen precontractual basado en el derecho alemán de obligaciones*. Berlín: Walter de Gruyter, p. 549).

[821] Nunes Fritz trata el tema de "Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung", que se traduce como "problemas de competencia en torno a la culpa in contrahendo: misrepresentación negligente versus misrepresentación fraudulenta"); y menciona que existe un vínculo entre culpa in contrahendo y misrepresentaciones (Nunes Fritz, K. (2018). *La culpa in contrahendo en el derecho alemán y brasileño. Un régimen precontractual basado en el derecho alemán de obligaciones*. Berlín: Walter de Gruyter, p. 549 y ss.).

[822] Popp específicamente menciona situaciones donde una de las partes proporciona información engañosa u omite detalles relevantes (Popp, C. (2001). *Responsabilidad civil previa a la negociación: la ruptura de las negociaciones*. Curitiba-Brasil: Juruá, p. 279). En este mismo sentido, Mankowski también piensa que la CIC se da cuando una parte proporciona información falsa u omite información relevante (Mankowski, P. (2020). *Manual de investigación sobre el Reglamento Ibis de Bruselas.* Northampton-UK: Edward Elgar Publishing, Inc., pp. 312-327).

[823] Por ello Capik resalta la importancia de la claridad y comprensibilidad en lo que respecta a la información proporcionada al consumidor y la cuestión del idioma en el que debe redactarse el contrato (Capik, A. (2007). *Obligaciones de información al celebrar un contrato a través de Internet. Un análisis jurídico comparado. Derecho europeo, alemán y polaco.* Heidelberg-Alemania: Peter Hommelhoff, p. 37).

Mousseron (1985) claramente explica que las misrepresentaciones contravienen al deber de lealtad[824] o de buena fe entre las partes contratantes durante las negociaciones (p. 124) y que el dolo (fraude) es una de las figuras de la CIC (pp. 130-131), que claramente se equipara con la misrepresentation del *common law*.[825]

Entonces, como vemos, el deber de negociar de buena fe trae necesariamente la mala fe, o sea el dolo[826], el engaño o el fraude.[827]

Ahora bien, examinemos de manera concisa el tratamiento casuístico en la jurisprudencia de los Tribunales de Casación de Italia, Francia[828] y España, así como en el Tribunal Federal de Alemania. Si bien estos casos se analizarán más detalladamente en el appendix III, en esta sección los abordaremos de manera resumida para establecer su relación con la misrepresentation.

6. Análisis comparativo de la jurisprudencia del civil law bajo las teorías de la CIC y misrepresentation[829]

6.1. España[830]

A). Caso Banco Atlántico: STS 31-10-2001 (RJ 8493/2001)

a). Antecedentes del Caso

Este caso versa sobre la demanda interpuesta por el banco Atlántico en contra de la demandada Industrias Química porque maliciosamente y "en forma contraria a la buena fe" obtuvo

[824] Por otra parte, Domat discute la importancia del amor y el respeto mutuo en todos los compromisos, y argumenta que el principio de buena fe es una extensión de esto. Específicamente, afirma que las reglas que nos ordenan dar a cada hombre lo que le corresponde, no perjudicar a nadie y ser siempre fieles y sinceros son todos efectos del amor mutuo. (Domat, J. (1850). The Civil Law in Its Natural Oder. Boston: Charles Little Y James Brown, p. 19).

[825] Mussy analiza la posibilidad de utilizar el principio *neminem laedere* para sancionar violaciones de la obligación de proporcionar información y sugiere que este podría ser un mejor enfoque que ampliar el alcance de la culpa in contrahendo (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c., p. 217).

[826] Mussy analiza el concepto de "dolo" (fraude) en la formación de contratos, que está relacionado con misrepresentaciones (Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c, pp. 208-210).

[827] También en el bloque soviético, antes de la caída de Berlín, Radisic proponía que las partes deberían actuar "concienzudamente" de acuerdo a las reglas de la "comunidad socialista" (Radisic, J. (1991). *Responsabilidad precontractual (culpa en la contratación).* Belgrado: Instituto de ciencias sociales, pp. 18 y 21).

[828] En Francia, Cabrillac discute la evolución del derecho contractual francés, mencionando específicamente la necesidad de una mayor flexibilidad y justicia social. También habla sobre la importancia de proteger a la parte más débil en un contrato. (Cabrillac, R. (2016). El Nuevo Derecho Francés De Los Contratos. *Revista de derecho Themis*. *Núm. 70,* p. 63).

[829] Para un análisis de estos casos bajo los lentes de la CIC y el Promissory Estoppel, referimos al lector al Apéndice III de esta obra.

[830] Estos casos se analizan desde la perspectiva del Promissory Estoppel en el anexo III.

una financiación del banco ocultando información sobre las dificultades económicas por las que atravesaba.

El caso involucró una disputa entre un banco (Banco Atlántico) y un grupo de empresas (Industrias Química) por un préstamo. El banco había prestado dinero a las empresas, el 25 de febrero de 1992, por 1.500 millones de pesetas -aproximadamente 8,7 millones de euros-, y las empresas no cumplieron con el préstamo (en 1994). El banco demandó a las empresas por el pago (en 1995), pero las empresas argumentaron que el acuerdo de préstamo no era exigible porque no estaba por escrito.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid tramitó el juicio declarativo número 29/1986, que promovió la demanda de la entidad Banco Atlántico, S.A., en la que tras exponer hechos y fundamentos de derecho, solicitó se dicte sentencia para que se condene solidariamente a los demandado sal pago de la cantidad de 479.207.253,- Ptas.

Actuadas las pruebas practicadas, que fueron declaradas pertinentes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número diez de Madrid dictó sentencia en fecha 8 de septiembre de 1994, con el siguiente Fallo literal:

> Que desestimando las excepciones de prescripción y de incompatibilidad de acción que manifiesten las demandadas y debo desestimar y desestimo igualmente la demanda interpuesta por don Juan Antonio García San Miguel Orueta en nombre y representación de la Compañía Mercantil Anónima Banco Atlántico S.A. contra Industrias Química y Asociados S.A.

El Procurador de los Tribunales don Juan-Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación del Banco Atlántico S.A. formalizó recurso de casación ante la Sala Civil contra la sentencia del grado de apelación, que integró con los siguientes motivos:

> Uno: Inaplicación del artículo 1902 del Código Civil, jurisprudencia interpretativa y artículo 7 de dicho Código.
> Tres: Indebida aplicación de la jurisprudencia relativa a los actos propios.

Cabe aclarar que el numeral 7 del CCE reza lo siguiente: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe"[831] y el artículo 1902 del Código Civil español (CCE)

[831] Código Civil español (CCE). Art. 7. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

que dice: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”[832]

Ahora bien, la teoría de los actos propios es una teoría vaga e imprecisa. El propio Diez Picazo (2014) califica a tal teoría como de “extravagante: “Es curioso observar que, en la actualidad, se trata de una regla, extravagante, cuya ‘*sede materiae*; nadie conoce con exactitud.” (p. 215)

Ahora bien, el Tribunal Supremo en su primer fundamento de derecho expone un tema importante sobre la CIC. Dice que la CIC no se aplica porque no se pudo probar la mala fe de los demandados al momento de realizarse el préstamo, es decir, el ocultamiento de información de los demandados al momento de hacer el préstamo no pudo probarse y por lo tanto la CIC es inaplicable. Este resultado es a todas luces injusto, a consecuencia de que la CIC impone en el demandante un elemento extra probatorio, cual es el de demostrar la mala fe, o ausencia de buena fe en el actuar del demandado. El Tribunal lo sentenció de la siguiente forma:

> En el primer motivo se acusa inaplicación de los artículos 1902 y 7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa, concretándose la impugnación casacional al hecho de que la demandada Industrias Químicas Asociadas (I.Q.A.), actuó maliciosamente y en forma contraria a la buena fe, al haber ocultado las dificultades económicas por las que atravesaba al tiempo de las actuaciones prenegociales a la concesión del préstamo a cargo de la recurrente, por importe de 612.000.000 pts, que se formalizó en Póliza de fecha 30 de abril de1981, y tenía por objeto financiar un cargamento de nafta; habiendo resultado impagado el préstamo al tiempo fijado para su vencimiento (26 de octubre de 1981).
>
> Los tratos negociales preparatorios a la formación de los contratos, han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de culpa “in contrahendo” …, que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato debidamente perfeccionado. Ahora bien la responsabilidad contractual que se alega en el motivo no resulta de recibo casacional, pues las conductas conformadoras de ilícito civil omisivo por el silencio y reticencia que se imputa a I.Q.A. y actuaciones de ocultación en su cartera económica no se probaron en forma adecuada y convincente, máxime respecto a que hubiera producido una inducción premeditada e intensa en la recurrente -se trata de una entidad bancaria que entre sus operaciones habituales están los negocios de préstamo- a fin de llevarla a otorgar el contrato de concesión de crédito de referencia…

[832] Código Civil español (CCE). Art. 1902. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

De esta forma, aplicando la teoría de la CIC (RINP) el Tribunal Supremo impuso un elemento adicional probatorio, una valla muy alta que era la de probar que la parte demandada ocultó información sobre su estado financiero de una forma "alejada de la buena fe". Este paso adicional probatorio hace de la CIC (RINP) una figura onerosa y pesada, muy poco efectiva.

b). Análisis del Caso

Ahora bien, en el análisis de este caso bajo los lentes de las teorías de Misrepresentation y Culpa In Contrahendo (CIC), a pesar de sus diferencias en enfoque y requisitos, ambas teorías probablemente hubieran conducido a una resolución similar.

En el caso del Misrepresentation, Industrias Química no reveló sus problemas financieros que tenía. Esta omisión puede interpretarse como una declaración implícita de estabilidad financiera. Sin embargo, para probar fraude, Banco Atlántico tendría que evidenciar que Industrias Química estaba consciente de su situación financiera precaria y aun así procedió con el acuerdo. Asimismo, El banco confió en la solvencia financiera de Industrias Química para otorgar el préstamo. Dada la naturaleza de las transacciones bancarias, es razonable que el banco confíe en la integridad y veracidad de la información proporcionada por sus clientes[833].

Por otra parte, bajo la lupa de la CIC Industrias Química tenía la obligación de no engañar al banco sobre su situación financiera. Al no divulgar sus problemas financieros, Industrias Química violó su deber de informar.

De otra parte, la tercera vertiente de la CIC (Ruptura Maliciosa de Negociaciones Preliminares) no habría aplicado, porque el conflicto surge de un contrato ya establecido, no de la terminación de negociaciones.

En este sentido, podemos apreciar una resolución simultánea del caso de manera similar bajo ambas teorías. Aunque la misrepresentation se centra en la veracidad de las declaraciones y CIC en el proceso de negociación, ambos convergen en la necesidad de honestidad y transparencia. La omisión de información financiera crucial por parte de Industrias Química es un punto crítico en ambos enfoques.

[833] En este sentido referente a la integridad, Domat se refiere que la "integridad perfecta" se refiere a mantener una integridad impecable o una conducta completamente honesta y justa en todo tipo de acuerdos o compromisos. Ambas partes se espera que traten con honestidad y equidad entre sí en este contexto. (Domat, J. (1850). *The Civil Law in Its Natural Oder.* Boston: Charles Little y James Brown, p. 176).

Dadas las circunstancias del caso, tanto bajo Misrepresentation como bajo CIC, es probable que se llegara a una conclusión similar: la responsabilidad de Industrias Química por no revelar información esencial que afectó la decisión del banco.

Sin embargo, existe un desafío Probatorios: Independientemente de la teoría aplicada, el Tribunal Supremo enfrentaría retos similares en probar la mala fe o el engaño intencional por parte de Industrias Química.

En conclusión, a pesar de sus diferencias conceptuales y prácticas, tanto la teoría de Misrepresentation como la de CIC probablemente hubieran conducido a una resolución similar en este caso, enfatizando la importancia de la transparencia y honestidad en las negociaciones contractuales y la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Los casos sugieren que una demanda por representación falsa (misrepresentation basado en el contexto del Caso Banco Atlántico puede tener éxito si el demandante puede establecer que el demandado hizo intencionalmente declaraciones falsas para obtener financiación, y que el demandante se basó razonablemente en esas declaraciones en su perjuicio.

Varias de las autoridades encontradas abordan el tema de la representación falsa (misrepresentation) en el contexto de obtener financiación. Por ejemplo, en S*orensen v. Dewall (In re Dewall*[834]*)*, No. 21-00657 (Bankr. N.D. Iowa Mar. 30, 2022)[835], el tribunal discute alegaciones de conducta fraudulenta para obtener financiación, lo cual es similar a la demanda por representación falsa en cuestión en la nuestra investigación.

En *Zornoza v. TerraForm Glob.*, 16-md-2742 (PKC) (S.D.N.Y. Apr. 7, 2023)[836], el tribunal aborda el tema de la representación falsa en el contexto de una empresa que oculta dificultades

[834] Caso seguido por *Wilson Bros.-Hanover v. Linenfelser (In re Linenfelser),* No. 22-00283 (Bankr. N.D. Iowa Oct. 4, 2023).

[835] En este caso de quiebra, Harold y Julie Sorensen demandan a Nolan Otto DeWall, argumentando que DeWall cometió fraude mientras gestionaba Voorhies Grain, Inc. DeWall, quien era gerente y copropietario, supuestamente proporcionó representaciones falsas sobre las finanzas y el inventario de la empresa para obtener préstamos de GNB Bank, que los Sorensen garantizaron personalmente. Se alega que DeWall manipuló documentos e información sobre el inventario de granos y productos químicos, causando pérdidas a los Sorensen.
El Tribunal de Quiebras rechazó la moción de DeWall para desestimar la demanda, sosteniendo que los Sorensen presentaron suficientes alegatos para proceder con sus reclamos de fraude, defalcación en un rol fiduciario y daño intencional.

[836] Carlos Domenech Zornoza, ex CEO de Terraform Global, Inc. y Terraform Power, Inc., demandó basándose en la Ley Sarbanes-Oxley de 2002, alegando que fue despedido en represalia por señalar representaciones falsas sobre la liquidez y el flujo de efectivo de SunEdison, Inc. Afirmó que fue despedido aproximadamente un mes después de informar a los directores de SunEdison sobre estas inexactitudes. El juez P. Kevin Castel negó la moción de juicio sumario presentada por Terraform Power y Global,

financieras para obtener financiación. Ambos casos sugieren que una demanda por representación falsa puede tener éxito si el demandante puede establecer que el demandado hizo intencionalmente declaraciones falsas para obtener financiación, y que el demandante se basó razonablemente en esas declaraciones en su perjuicio.

Otras autoridades encontradas, aunque no abordan directamente el tema de obtener financiación ocultando dificultades financieras, pueden proporcionar analogías útiles. Por ejemplo, en *Allied Building Prods. v. Delco Roofing Co.*[837], 951 F. Supp. 1183 (E.D. Pa. 1996)[838], el tribunal discute el fraude, el fraude en la inducción y la representación falsa como defensas meritorias en una petición para abrir un juicio confesado.

Algunas de las autoridades encontradas, como *In re Peterson*[839], 49 B.R. 1 (Bankr. W.D. Ky. 1984)[840], discuten las consecuencias de ocultar o tergiversar intencionalmente hechos

estableciendo que hay suficiente evidencia para que un jurado razonable pueda considerar que la denuncia de Domenech sobre las representaciones falsas pudo haber contribuido a su despido. No obstante, se concedió el juicio sumario a favor de los demandados individuales, Ahmad Chatila y Brian Wuebbels, debido a la falta de pruebas suficientes para establecer su responsabilidad individual. La solicitud de Domenech para un juicio sumario también fue rechazada, lo que implica que un jurado deberá evaluar las acusaciones de represalia y determinar si los demandados habrían tomado la misma acción de despido independientemente de la denuncia de Domenech sobre las representaciones falsas.

[837] Seguido por *Allied Building Prods. v. Delco Roofing Co.,* 951 F. Supp. 1183 (E.D. Pa. 1996); *Mobile Transport Technologies, Inc. v. S.I. Scooterworks LLC*, 176 F. Supp. 2d 340 (E.D. Pa. 2001).

[838] En este caso ante el Tribunal de Distrito de los EE.UU. para el Distrito Este de Pensilvania, Allied Building Products Corporation ("Allied") presentó una demanda de confesión de juicio por dinero contra Delco Roofing Company, Inc. ("Delco"), resultando en una sentencia a favor de Allied por $361,298.79. Delco presentó una moción para abrir y/o anular la sentencia y solicitó la suspensión de los procedimientos para hacer cumplir la sentencia. Delco argumentó que el acuerdo de crédito que autorizaba la confesión de juicio no especificaba cuándo debían realizarse los pagos y que el acuerdo completo entre las partes no se reflejaba en el acuerdo de crédito. Delco afirmó que existía un acuerdo verbal con Allied que alteraba los términos de pago y que Allied había cometido fraude al inducir a Delco a establecer una línea de crédito. El tribunal decidió no anular la sentencia, pero aplazó la decisión sobre la petición de Delco para abrir la sentencia y concedió la suspensión de los procedimientos para hacer cumplir la sentencia, a la espera de más pruebas. El tribunal consideró que Delco presentó alegaciones suficientemente específicas de defensas meritorias, incluyendo fraude, incumplimiento de contrato, y estoppel, para justificar una investigación más profunda.

[839] Seguido por *In re Peterson*, 49 B.R. 1 (Bankr. W.D. Ky. 1984; *In re Peterson*, 49 B.R. 1 (Bankr. W.D. Ky. 1984; *In re Adoption of Mays*, 30 Ohio App. 3d 195 (Ohio Ct. App. 1986); *In re Luallen*, 27 Ohio App. 3d 29 (Ohio Ct. App. 1985).

[840] En el caso Marion National Bank contra el deudor, el banco alegó la no cancelabilidad de una deuda derivada de un préstamo, argumentando que el préstamo se obtuvo mediante representaciones erróneas. El deudor, al adquirir un restaurante y club nocturno, financió parte de la compra con un préstamo de Marion National Bank, ofreciendo como garantía una lista de equipos que afirmaba poseer completamente. Sin embargo, se reveló que, de los 47 artículos enumerados, sólo 28 pertenecían exclusivamente al deudor, mientras que los 19 restantes estaban sujetos a un acuerdo de compra previo, por lo que el deudor no tenía la propiedad legal total de estos.

Marion National Bank sostuvo que su decisión de otorgar el préstamo se basó en la representación errónea del deudor sobre la propiedad exclusiva de los equipos. Sin embargo, el tribunal determinó que la confianza del banco en la declaración del deudor no fue razonable. El banco no verificó adecuadamente la propiedad y el valor de los equipos antes de conceder el préstamo, lo que llevó al tribunal a concluir que la deuda y el valor de los equipos listados eran cancelables en el proceso de bancarrota. La corte encontró que Marion National Bank no pudo demostrar de manera concluyente que la pérdida resultó directamente de las representaciones erróneas del deudor, enfatizando la necesidad de una diligencia debida por parte del banco en tales transacciones de préstamos.

materiales en relación con una póliza de seguro. Aunque estos casos no son una coincidencia perfecta, pueden proporcionar una analogía útil para una demanda por representación falsa.

Finalmente, en *Warshaw v. Xoma Corp*.[841], 74 F.3d 955 (9th Cir. 1996)[842], el tribunal aborda una demanda por fraude de valores basada en declaraciones supuestamente engañosas hechas por una empresa a sus accionistas. Aunque el caso no involucra un préstamo bancario, puede proporcionar una analogía útil para una demanda por representación falsa.

B). Caso Cement Roadstone España: STS 30-01-2008 (RJ 222/2008)[843]

[841] Seguido por *Warshaw v. Xoma Corp*., 74 F.3d 955 (9th Cir. 1996; *In re Apollo Group Inc. Securities Litigation*, 395 F. Supp. 2d 906 (D. Ariz. 2005); *In re Immune Response Securities Litigation*, 375 F. Supp. 2d 983 (S.D. Cal. 2005); *In re Splunk Inc. Sec. Litig*., 592 F. Supp. 3d 919 (N.D. Cal. 2022); *Lewis v. First American Title Insurance Company*, No. 06-CV-00478-S-EJL (D. Idaho Sep. 25, 2007); *Powers v. Eichen*, 977 F. Supp. 1031 (S.D. Cal. 1997); *Glazer Capital Mgmt. v. Forescout Techs.*, 63 F.4th 747 (9th Cir. 2023); *Jedrzejczyk v. Skillz Inc*., 21-cv-03450-RS (N.D. Cal. Mar. 1, 2023); *Sec. & Exch. Comm'n v. Richman*, 21-cv-01911-CRB (N.D. Cal. Nov. 3, 2021); *In re Apple Inc. Securities Litigation*., No. 19-cv-02033-YGR (N.D. Cal. Nov. 4, 2020); *Murphy v. Precision Castparts Corp*., No. 3:16-cv-00521-SB (D. Or. July 3, 2020); *Fund v. First Solar, Inc*., No. CV15-1156-PHX-DGC (D. Ariz. Nov. 27, 2018); *Bonato v. Yahoo Inc. (In re Yahoo! Inc. Sec. Litig.),* No. C 11-02732 CRB (N.D. Cal. Aug. 10, 2012); *Teamsters Affiliates Pension Plan v. Walgreen Co.,* No. 08 C 2162 (N.D. Ill. Sep. 29, 2010); *In re Sprint Corporation Securities Litigation,* 232 F. Supp. 2d 1193 (D. Kan. 2002); *Lord v. Swire Pacific Holdings*, 203 F. Supp. 2d 1175 (D. Idaho 2002); *Robertson v. Strassner*, 32 F. Supp. 2d 443 (S.D. Tex. 1998); *Kainos Laboratories, Inc. v. Beacon Diagnostics, Inc*., No. C-97-4618 MHP (N.D. Cal. Sep. 14, 1998); *Almosa v. Atossa Genetics, Inc*. (In re Atossa Genetics Inc.), 868 F.3d 784 (9th Cir. 2017); C*ity of Miami Fire Fighters' & Police Officers' Ret. Tr. v. Quality Sys., Inc. (In re Quality Sys., Inc.*), 865 F.3d 1130 (9th Cir. 2017); *Faulkner v. ADT Sec. Servs., Inc*., 706 F.3d 1017 (9th Cir. 2013); *U.S. v. Jenkins*, 633 F.3d 788 (9th Cir. 2011); *Rubke v. Capitol Bancorp Ltd*., 551 F.3d 1156 (9th Cir. 2009); *Sanford v. Memberworks*, 483 F.3d 956 (9th Cir. 2007); *Newman v. Sathyavaglswaran*, No. 00-55504 (9th Cir. Oct. 17, 2001); *Berry v. Valence Technology, Inc.,* 175 F.3d 699 (9th Cir. 1999); *Leisnoi, Inc. v. Stratman*, 154 F.3d 1062 (9th Cir. 1998); *Joyce v. Amazon.com*, 2:22-cv-00617 (W.D. Wash. Dec. 4, 2023); *Martinelli v. Tesla, Inc*., 2:23-cv-00423-JAD-EJY (D. Nev. Nov. 20, 2023); *Aragon v. Henderson Det.* Ctr., 2:23-cv-00682-ART-NJK (D. Nev. Nov. 9, 2023); *Harris v. Pena*, 2:23-cv-00563-JAD-NJK (D. Nev. Oct. 23, 2023); *Mann v. Raymond*, 2:23-cv-01578-CDS-EJY (D. Nev. Oct. 21, 2023); *Iden v. Williams*, 2:23-cv-00464-APG-VCF (D. Nev. Oct. 20, 2023); *Lowe v. USMS Jefferson*, 2:23-cv-00211-GMN-BNW (D. Nev. Sep. 29, 2023); *Aragon v. Henderson Det. Ctr*., 2:23-cv-00682-ART-NJK (D. Nev. Sep. 22, 2023); *Morales-Reid v. Nagera*, 2:23-cv-00665-APG-DJA (D. Nev. Aug. 25, 2023); *McNair v. Daniels*, 3:23-cv-00151-ART-CLB (D. Nev. Aug. 8, 2023); *Recinos v. Child Protective Servs*., 3:23-cv-5581 MJP (W.D. Wash. Aug. 2, 2023); entre otros.

[842] En el caso de Xoma Corporation, una empresa biotecnológica, los demandantes presentaron una acción colectiva bajo la Sección 10(b) de la Ley de Valores y Bolsa de 1934 y la Regla 10b-5 de la Comisión de Bolsa y Valores, alegando que Xoma había realizado declaraciones engañosas y optimistas acerca de la aprobación inminente por parte de la FDA de su fármaco E5, a pesar de tener conocimiento de serias dudas sobre su eficacia y posibilidades de aprobación. Según la denuncia, estas afirmaciones condujeron a un aumento artificial en el precio de las acciones de Xoma. Los demandantes representaban a una clase de personas que compraron acciones de Xoma entre el 2 de marzo y el 3 de junio de 1992, periodo durante el cual Xoma aseguró repetidamente que la aprobación de la FDA para E5 era inminente. La FDA finalmente rechazó la aprobación de E5 el 4 de junio de 1992, lo que provocó una caída significativa en el valor de las acciones de Xoma.
El tribunal de distrito desestimó la denuncia con prejuicio por no presentar un reclamo sobre el cual se pudiera conceder un alivio. Sin embargo, en apelación, el Noveno Circuito revocó y devolvió el caso al tribunal de distrito para más procedimientos. La corte de apelaciones determinó que, bajo la decisión de "*Fecht v. The Price Co.*", las declaraciones optimistas de Xoma, tomadas en contexto, podrían constituir una base para una reclamación de fraude de valores bajo la Sección 10(b) y la Regla 10b-5. Además, la corte encontró que la denuncia cumplía con los requisitos de especificidad de la Regla 9(b), ya que identificaba las circunstancias del supuesto fraude de manera que el demandado pudiera preparar una respuesta adecuada.

[843] *Cement Roadstone España, S.A. v. Cementos Alfa, S.A., et al,* STS 30-01-2008 (RJ 222/2008), en adelante *Caso Cement Roadstone.*

a). Antecedentes del Caso

El caso involucra a Cement Roadstone España, S.A. (CRE) demandando a Cementos Alfa, S.A. y otras compañías, solicitando la validación de un contrato firmado en Londres el 19 de noviembre de 1991, el incumplimiento de dicho contrato por las empresas demandadas, y la exigencia de que cumplan con lo acordado en el contrato, incluyendo daños y perjuicios.

La Audiencia Provincial de Madrid desestimó la apelación de CRE, confirmando la sentencia inicial que no reconocía el acuerdo como un contrato legalmente vinculante. La sentencia identifica dos cuestiones principales: la naturaleza del precontrato y la culpa in contrahendo (responsabilidad por incumplir negociaciones previas al contrato).

La sentencia argumenta que el acuerdo no cumple con los requisitos de un precontrato, ya que faltan elementos esenciales como la definición precisa del objeto y presupuestos[844]. Además, no hay evidencia de culpa in contrahendo, ya que ninguna de las partes incumplió injustificadamente las negociaciones previas. Así, la sentencia rechaza la demanda de CRE y desestima la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, que aborda la indemnización por daños y perjuicios en casos de culpa in contrahendo. En resumen, el tribunal determina que no existe un precontrato o acuerdo vinculante, y por lo tanto, no hay base para exigir cumplimiento o indemnización.

b). Análisis del Caso

Con los elementos detallados para Misrepresentation y Culpa In Contrahendo (CIC), reanalizamos el caso de Cement Roadstone España (CRE) contra Cementos Alfa, S.A.

Bajo la teoría de la Misrepresentation, no hay indicación en el caso de que Cementos Alfa o las otras compañías hayan hecho afirmaciones falsas o engañosas a CRE durante las negociaciones o en la formación del contrato. Asimismo, la falta de evidencia de declaraciones falsas implica también la ausencia de fraude. No se menciona que Cementos Alfa haya engañado intencionadamente a CRE.

[844] Por otra parte, Gómez Calle menciona la importancia de la buena fe, el deber de informar y la importancia de responder a las preguntas de manera veraz y proporcionar información precisa. (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, p. 87-90).

De otra parte, aunque CRE podría haber confiado en las declaraciones hechas por Cementos Alfa, no hay indicación de que estas declaraciones fueran falsas o fraudulentas. Finalmente, la confianza de CRE en las declaraciones de Cementos Alfa no parece haber sido mal puesta, dado que no hay evidencia de declaraciones falsas o fraudulentas.

Por otro lado, en cuanto a la teoría de la CIC, no hay indicaciones de que Cementos Alfa haya incumplido un deber de cuidado hacia CRE en el contexto del acuerdo precontractual. Tampoco se menciona que Cementos Alfa haya retenido información crucial o haya fallado en informar a CRE sobre aspectos críticos del acuerdo. Por tanto, no parece haber una violación del deber de informar.

De otro lado, con respecto a la Ruptura maliciosa de negociaciones preliminares, aunque hubo negociaciones serias, la falta de elementos esenciales en el acuerdo sugiere que estas no llegaron a un nivel de seriedad que implicara un contrato vinculante. Es decir, no se indica que Cementos Alfa haya roto las negociaciones de mala fe.

De esta forma, aunque CRE pudo haber sufrido daños por el fracaso del acuerdo, estos no parecen estar directamente relacionados con una ruptura maliciosa de las negociaciones. Finalmente, no hay evidencia de que CRE haya tenido una confianza defraudada que causara daño.

En conclusión, bajo el marco de Misrepresentation, parece que no hay suficientes elementos para sostener que hubo representaciones falsas o fraudulentas por parte de Cementos Alfa. Por otro lado, la teoría de CIC también parece no aplicarse, ya que no hay evidencia de incumplimiento del deber de cuidado o informar, ni de ruptura maliciosa de las negociaciones. En resumen, bajo ambos marcos, no parece haber una base sólida para sostener la demanda de CRE.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Para establecer una demanda por representación falsa, el demandante generalmente debe probar que el demandado hizo una representación falsa material, con la intención de defraudar al demandante, que el demandante confió razonablemente en la representación, y que el demandante sufrió daños como resultado.

Las autoridades encontradas en la investigación proporcionan orientación sobre los elementos de una demanda por representación falsa. Varias autoridades, como *Ace Hardware*

Corp. v. Landen Hardware[845]*, LLC,* 883 F. Supp. 2d 739 (N.D. Ill. 2012)[846]; *Degirmenci v. Lauderdale*[847]*,* 693 F. Supp. 2d 1325 (S.D. Fla. 2010)[848]; y *Wall v. CSX Transportation, Inc*.[849], 471

[845] Seguido por *Ace Hardware Corp. v. Landen Hardware, LLC,* 883 F. Supp. 2d 739 (N.D. Ill. 2012; *Vazquez v. Omni Hotels Mgmt. Corp.,* No. 17-cv-1019 (N.D. Ill. Dec. 3, 2018); *Ericson v. Stolfe*, No. 17 C 1434 (N.D. Ill. Sep. 12, 2018); *Roberts v. Dart*, 16 C 5560 (N.D. Ill. Mar. 7, 2018); *Deacon v. Peninsula Chi., LLC*, No. 16-cv-1464 (N.D. Ill. Aug. 17, 2017).

[846] En el caso "Ace Hardware v. Landen Hardware y otros", el Tribunal de Distrito evaluó las acusaciones de Ace Hardware de incumplimiento de contrato y garantía personal contra Landen Hardware, Marketplace Hardware y los individuos William y Linda Lovett. Los franquiciados y los Lovetts alegaron que la representación errónea o falsa por parte de Ace debía aplicar la doctrina de estoppel equitativo para impedir la recuperación por parte de Ace. Sin embargo, el tribunal determinó que las cláusulas de exención en los contratos, que transferían todos los riesgos de los negocios a los franquiciados y negaban la responsabilidad de Ace por el éxito o fracaso de las tiendas, hacían que cualquier confianza en las representaciones de Ace fuera irrazonable. En consecuencia, el tribunal desestimó la defensa de estoppel equitativo, otorgando el juicio sumario a favor de Ace. Además, se determinó que las garantías personales firmadas por los Lovetts eran incondicionales y excluían cualquier defensa contra la responsabilidad, incluida la representación errónea, lo que resultó en la aceptación de la moción de Ace en relación con los reclamos de incumplimiento de garantía.

[847] Seguido por *Degirmenci v. Lauderdale,* 693 F. Supp. 2d 1325 (S.D. Fla. 2010); *Edward v. Bank of Am., N.A*., CIVIL ACTION No. 1:11 -CV-2465-RWS-LTW (N.D. Ga. Aug. 2, 2012); *Redus El, LLC v. Pointe W. Master Prop. Owners Ass'n*, 2:22-cv-14308-CANN/MCCABE (S.D. Fla. Dec. 14, 2022); *Hyundai Motor Am. Corp. v. EFN W. Palm Motor Sales, LLC*, 20-cv-82102-MATTHEWMAN (S.D. Fla. Nov. 15, 2022); *Molbogot v. MarineMax E., Inc*., 20-cv-81254-MATTHEWMAN (S.D. Fla. July 11, 2022); *Brooks v. U.S. Dep't of Veterans Affairs*, No. 20-cv-23114-BLOOM/Louis (S.D. Fla. Mar. 31, 2021); *Flemings v. Miami-Dade Cnty*., No. 20-cv-21406-BLOOM/Louis (S.D. Fla. Jan. 14, 2021); *Brooks v. U.S. Dep't of Veterans Affairs*, No. 20-cv-23114-BLOOM/Louis (S.D. Fla. Jan. 7, 2021); *Pyatt v. Fla. Int'l Univ. Bd. of Trs*., No. 1:20-cv-24085-BLOOM/Otazo-Reyes (S.D. Fla. Nov. 24, 2020); *Feng v. Walsh,* No. 19-24138-CIV-GAYLES/OTAZO-REYES (S.D. Fla. Sep. 14, 2020); *Pyatt v. Gimenez,* No. 1:20-cv-20827-BLOOM/Louis (S.D. Fla. July 14, 2020); *QSR S. Grp. v. A & A Rest. Holdings*, No. 2:19cv781-FtM-TPB-MRM (M.D. Fla. Apr. 9, 2020); *McNamara v. Fla. Power & Light Co*., No. 17-cv-81181-BLOOM/Hopkins (S.D. Fla. Jan. 26, 2018); *Orlando Int'l Hotels, LLC v. Nanosky (In re First Farmers Fin. Litig*.), No. 14 CV 7581 (N.D. Ill. Dec. 5, 2017); *Marine Sols., L.L.C. v. Gulf Coast Aggregates, L.L.C.,* No. 4:16cv482-RH/CAS (N.D. Fla. Jan. 6, 2017); *Lee v. Conocophillips Co.,* No. CIV-14-1391-D (W.D. Okla. Dec. 30, 2016); *Jewelry Repair Enters., Inc. v. Son Le Enters., Inc*., Civil Action No. 9:15-cv-81622-BB (S.D. Fla. Feb. 11, 2016); *Eads v. Allstate Indem. Co*., No. 14-CIV-61791-BLOOM/Valle (S.D. Fla. Nov. 17, 2014); *Ferrerr v. U.S. Bank, N.A*., No. 14-CIV-20741-BLOOM/Valle (S.D. Fla. Sep. 15, 2014); *Akiki v. Greentree Servicing, LLC*, No. 14-CIV-80321-BLOOM/Valle (S.D. Fla. July 30, 2014); *Sec. & Exch. Comm'n v. Levin*, No. 12-21917-CIV-ROSENBAUM/SNOW (S.D. Fla. Oct. 10, 2013); *Sig, Inc. v. at & T Digital Life, Inc*., 971 F. Supp. 2d 1178 (S.D. Fla. 2013); *Guarantee Ins. Co. v. Brand Mgmt. Serv., Inc.,* (S.D. Fla. Aug. 22, 2013); *Kuehne v. FSM Capital Mgmt., LLC,* No. 12-80880-CIV-ROSENBAUM/SELTZER (S.D. Fla. Apr. 29, 2013); *Cherrone v. Florsheim Dev*., No. CIV. 2:12-02069 WBS CKD (E.D. Cal. Feb. 27, 2013); *Advance Produce, Inc. v. Isadore A. Rapasadi & Sons, Inc*., No. 12-21917-CIV-ROSENBAUM/SNOW (S.D. Fla. Feb. 14, 2013); *AMPA Capital, Ltd. v. Rozen*, No. 12-60961-CIV-COHN/SELTZER (S.D. Fla. Dec. 5, 2012); *Cherrone v. Florsheim Dev.,* No. CIV. 2:12-02069 WBS CKD (E.D. Cal. Dec. 4, 2012); *Oginsky v. Paragon Properties of Costa Rica Llc*, 784 F. Supp. 2d 1353 (S.D. Fla. 2011); *Spring Air International v. R.T.G. Furniture Corp*., No. 8:10-cv-1200-T-33TGW (M.D. Fla. Oct. 19, 2010); *Browning-Fote v. Frederick J. Hanna Associates, P.C*., CV 210-015 (S.D. Ga. May 13, 2010); *Immediate Capital Group v. Spongetech Delivery System,* CASE NO.: 10-60059-CIV-HUCK/O'SULLIVAN (S.D. Fla. Apr. 22, 2010); *In re 929485 Fla., Inc*., No. 8:19-bk-09424-CED (Bankr. M.D. Fla. Apr. 20, 2021); *Dutra v. Kaplan*, 137 So. 3d 1190 (Fla. Dist. Ct. App. 2014); entre otros.

[848] En el caso analizado, el Tribunal de Distrito, bajo la dirección del juez William Dimitrouleas, trató extensamente las acusaciones de representación falsa o errónea en un contexto de venta inmobiliaria. La demandante alegó que los acusados, involucrados en el desarrollo y venta de un proyecto de condominios, incurrieron en violaciones del Acta de Divulgación Completa de Ventas de Tierras Interestatales (ILSFDA) y del Acta de Condominios de Florida, específicamente en lo que respecta a la provisión de información inexacta y la inducción al error. Entre las alegaciones más significativas estaba la acusación de que se proporcionaron informes de propiedad incorrectos y se hicieron declaraciones falsas sobre la identidad del desarrollador y otros aspectos clave del proyecto, lo cual fue considerado por la demandante como un esquema para defraudar a los compradores.

Sin embargo, el Tribunal encontró que estas reclamaciones no cumplieron con los estándares de precisión y detalle requeridos para sostener acusaciones de fraude. Las reclamaciones basadas en representaciones falsas o erróneas fueron desestimadas, tanto con como sin posibilidad de enmienda, debido a su falta de particularidad y claridad. Esta decisión subraya la importancia de la precisión en la formulación de alegatos de fraude y la necesidad de que las reclamaciones estén respaldadas por alegaciones específicas y detalladas que demuestren claramente cómo las acciones de los acusados constituyeron una representación falsa o errónea, llevando a un error significativo y mensurable por parte de la demandante.

[849] Seguido por *Wall v. CSX Transportation, Inc*., 471 F.3d 410 (2d Cir. 2006; *Aviles v. S&P Glob., Inc.,* 380 F. Supp. 3d 221 (S.D.N.Y. 2019); *Giuffre Motor Car Co. v. Kia Motors Am., Inc*., 15-CV-4514 (MKB) (E.D.N.Y. Sep. 29, 2016); *Fierro v. Gallucci,* No 06-CV-5189 (JFB) (WDW) (E.D.N.Y. May 12, 2008); *Shetel Indus. v. Adin Dental Implant Sys.*, 493 F. Supp. 3d 64 (E.D.N.Y. 2020); *Coughlan v. Jachney,* 473 F. Supp. 3d 166 (E.D.N.Y. 2020); *Integrated Constr. Enters., Inc. v. GN Erectors, Inc*., 16 Civ. 5561 (PAE) (S.D.N.Y. Feb. 10, 2020); *Christian v. Transperfect Glob., Inc*., 17-cv-5554 (PKC) (S.D.N.Y. Sep. 24, 2018); *AFP*

F.3d 410 (2d Cir. 2006)[850], discuten los elementos de demandas por fraude o representación errónea negligente bajo la ley de EE. UU. Generalmente, estos casos requieren que el demandante demuestre que el demandado hizo una representación falsa material, con la intención de defraudar al demandante, que el demandante confió razonablemente en la representación, y que el demandante sufrió daños como resultado.

Mfg. Corp. v. AFP Imaging Corp., No. 17-CV-03292 (NSR) (S.D.N.Y. July 5, 2018); *Mohegan Lake Motors, Inc. v. Maoli*, No. 16-CV-06717 (NSR) (S.D.N.Y. Dec. 6, 2017); *Downs v. Andrews,* CIVIL ACTION No. 13-5788 (E.D. Pa. Dec. 18, 2014); *Jewell Coke Co. v. Arcelormittal USA, Inc*., 756 F. Supp. 2d 858 (N.D. Ohio 2010); *Cohen v. Sudler Hennessey, LLC*, 10 Civ. 4321 (DLC) (S.D.N.Y. Aug. 31, 2010); *Doe v. Roe,* No. 20-14456 (11th Cir. May 9, 2022); *NRW, Inc. v. Bindra*, No. 18-2275-cv (2d Cir. June 4, 2019); *FPP, LLC v. Xaxis US, LLC*, 18-1028-cv (2d Cir. Apr. 10, 2019); *Spinelli v. Nat'l Football League*, 903 F.3d 185 (2d Cir. 2018); *Hampton v. R.J. Corman R.R. Switching Co*., 683 F.3d 708 (6th Cir. 2012); *Miller v. Holtzbrinck Publishers, L.L.C*, 377 F. App'x 72 (2d Cir. 2010); *Roche Freedman LLP v. Cyrulnik,* 21-cv-1746 (JGK) (S.D.N.Y. Nov. 24, 2023); *The Learning Experience Sys. v. Collins*, 20-CV-2504 (MKB) (E.D.N.Y. Sep. 7, 2023); *Liberty Mut. Fire Ins. Co. v. Zurich Am. Ins. Co.,* 22-CV-499 (RA) (S.D.N.Y. Aug. 3, 2023); *Scalercio-Isenberg v. Goldman Sachs Mortg. Co*., 21 Civ. 4124 (KPF) (S.D.N.Y. Aug. 9, 2022); *The Phx. Cos. v. Concentrix Ins. Admin. Sols. Corp*., 554 F. Supp. 3d 568 (S.D.N.Y. 2021); *Catala v. Joombas Co*., 18 Civ. 8401 (PGG) (S.D.N.Y. May 20, 2021); *Sussman Sales Co. v. VWR Int'l, LLC,* 20 Civ. 2869 (KPF) (S.D.N.Y. Mar. 26, 2021); *Doe v. Roe*, 500 F. Supp. 3d 1319 (S.D. Fla. 2020); *Coinmint, LLC v. Main Mill St. Invs.,* 8:18-CV-1404 (GTS/CFH) (Lead Case) (N.D.N.Y. Aug. 26, 2019); *Dish Network Corp. v. ACE Am. Ins. Co*., 431 F. Supp. 3d 415 (S.D.N.Y. 2019); *Hastad v. Hippos in Tanks, LLC*, 17-CV-2518 (VEC) (S.D.N.Y. Mar. 15, 2019); *Blau v. Allianz Life Ins. Co. of N. Am*., 14-CV-3202 (NGG) (VMS) (E.D.N.Y. Feb. 15, 2018); U*.S. Reg'l Econ. Dev. Auth., LLC v. Matthews,* 3:16-cv-01093 (CSH) (D. Conn. Dec. 4, 2017); *Michael v. GLD Foremost Holdings, LLC*, 240 F. Supp. 3d 326 (M.D. Pa. 2017); *Horti Ams., LLC v. Steven Produce King, Inc*., 16 Civ. 889 (ILG) (RER) (E.D.N.Y. Nov. 21, 2016); *Ferguson v. Ferrante*, 13-CV-4468 (VEC) (S.D.N.Y. May 27, 2015); Fi*rst Hill Partners, LLC v. Bluecrest Capital Management Ltd*., 52 F. Supp. 3d 625 (S.D.N.Y. 2014); *Al Maya Trading Establishment v. Global Export Mktg. Co.,* 14 Civ. 275 (PAE) (S.D.N.Y. July 15, 2014); *Manney v. Reichert*, 13 CV 4413 (SJF)(GRB) (E.D.N.Y. Mar. 28, 2014); *Milone v. Fid. Nat'l Ins. Co*., 13 CV 6331 (SJF)(ARL) (E.D.N.Y. Dec. 3, 2013); *Parish Merriweather v. Metro. Prop. & Cas. Ins. Co*., 13 CV 5976 (SJF)(AKT) (E.D.N.Y. Dec. 3, 2013); entre otros.

[850] El caso Wall v. Consolidated Rail Corp. aborda la cuestión de la representación falsa en el contexto de un acuerdo de conciliación. Douglas Wall, empleado de Conrail, alegó haber sido inducido fraudulentamente por Conrail a renunciar y firmar un acuerdo de conciliación bajo promesas falsas. Estas promesas incluían la facilitación de empleo en Amtrak por parte de Conrail, la provisión de referencias laborales neutrales y la no interferencia en sus relaciones laborales futuras. Wall argumentó que estas promesas eran falsas y conocidas como tales por Conrail en el momento de hacerlas. Basándose en estas promesas, renunció a una demanda personal pendiente y firmó el acuerdo de conciliación.

Sin embargo, Wall no fue contratado posteriormente por Amtrak ni por otros ferrocarriles y alegó que esto se debió a referencias laborales negativas proporcionadas por Conrail, contrariando su promesa. En respuesta, presentó una acción de diversidad alegando fraude en la inducción y violación de contrato. El Tribunal de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York, siguiendo el informe del Magistrado Juez Michael H. Dolinger, desestimó la demanda y negó el permiso para presentar una queja enmendada. Wall apeló, argumentando que su reclamo era viable bajo las leyes de Nueva York y Pensilvania y que no estaba prevenido por la Ley Federal de Seguridad Ferroviaria (FRSA). El tribunal de apelaciones vació la decisión del tribunal de distrito, sosteniendo que la reclamación de Wall era viable bajo las leyes de ambos estados y no estaba prevenida por la FRSA, y remitió el caso al tribunal de distrito para procedimientos adicionales.

Algunas de las autoridades, como *Saint-Gobain Indus. Ceramics Inc. v. Wellons*[851], 246 F.3d 64 (1st Cir. 2001)[852], pueden ser útiles para los principios generales del derecho contractual, como la importancia de establecer la fecha de incumplimiento para propósitos de calcular intereses previos al juicio o la ejecutabilidad de acuerdos orales.

C). Caso Gata Capital: STS 11-02-2016 (RJ 502/2016)[853]

a). Antecedentes del Caso

El caso involucra a Gata Capital, S.L., que demandó a Valle de Brea, S.L. por un contrato para la cesión de una parcela de tierra para una construcción futura; y un contrato de enriquecimiento injusto contra los mediadores Don Alfredo y Don Argimiro, pidiendo una indemnización por daños y perjuicios. Los demandados solicitaron ser absueltos. Inicialmente, el tribunal dictó una sentencia parcialmente favorable a Gata Capital, condenando a Don Alfredo y Don Argimiro a indemnizar. Sin embargo, tras recursos de apelación, la sentencia se modificó:

---

[851] Seguido por *Saint-Gobain Indus. Ceramics Inc. v. Wellons*, 246 F.3d 64 (1st Cir. 2001; *Neponset Landing Corp. v. Nw. Mut. Life Ins. Co*., CIVIL ACTION No. 10-11963-JGD (D. Mass. July 18, 2013); *Boyle v. Douglas Dynamics, Llc.*, CIVIL ACTION No. 00-12629-RGS (D. Mass. July 21, 2003); *Boston Gas v. Century Indem*, 529 F.3d 8 (1st Cir. 2008); *Boston Pilots v. Motor Vessel Midnight Gambler*, 357 F.3d 129 (1st Cir. 2004); *Sullivan v. Dumont Aircraft Charter, LLC,* Civil Action 16-10713-DPW (D. Mass. Sep. 29, 2023); Packgen v. Berry Plastics Corp., No. 2:12-cv-80-NT (D. Me. Mar. 7, 2016); *Wash. Int'l Ins. Co. v. Lynch Botelho Corp*., CIVIL ACTION No. 14-11632-RGS (D. Mass. Oct. 23, 2015); *Rothbaum v. Samsung Telecommunications America, LLC*, 52 F. Supp. 3d 185 (D. Mass. 2014); G*.L.M. Sec. & Sounds Inc. v. Lojack Corp*., 10-CV-4701 (PKC) (ARL) (E.D.N.Y. Sep. 19, 2014); *Utica National Insurance Group ex rel. Pro Automotive Repair, Inc. v. BMW of North America, LLC*, 45 F. Supp. 3d 157 (D. Mass. 2014); *Rix v. Normand*, 826 F. Supp. 2d 306 (D. Me. 2011); G*.L.M. Security Sound, Inc. v. Corp.*, 10-CV-04701 (JS) (ARL) (E.D.N.Y. Sep. 30, 2011); *Edwards v. Game Tracker Incorporated,* Civil No. 04-145-P-H (D. Me. Jan. 20, 2006); *Tiverton Power Associates Lid. v. Shaw Group*, 376 F. Supp. 2d 21 (D. Mass. 2005); *Crowe v. Bolduc*, Civil No. 01-260-P-DMC (D. Me. Sep. 3, 2003); *INTERSTATE BRANDS CORP. v. LILY TRANSPORTATION CORP,* No. 99-12042-NG (D. Mass. Jan. 31, 2003).

[852] El caso entre Saint-Gobain Industrial Ceramics Inc. y Wellons, Inc. se centra en la representación falsa en un contexto contractual. Wellons, dedicada a la fabricación de sistemas de secado de astillas de madera, compró tubos cerámicos de Saint-Gobain para su uso en intercambiadores de calor. Estos tubos fallaron posteriormente, lo que llevó a Wellons a demandar por incumplimiento de garantía y a solicitar la revocación de la aceptación del producto, reclamando más de 1.9 millones de dólares en daños, correspondientes al precio total de los tubos.

El jurado falló a favor de Wellons en su reclamo de garantía, otorgando 650,000 dólares en daños, pero rechazó su petición de revocación de aceptación. Además, el tribunal desestimó la afirmación de Wellons de que Saint-Gobain había infringido el Capítulo 93A de la Ley de Protección al Consumidor y Negocios de Massachusetts. El tribunal otorgó a Wellons intereses antes del juicio desde la fecha en que se completó la entrega de los tubos.

Saint-Gobain apeló esta decisión, argumentando que los intereses debían calcularse desde la fecha en que Wellons presentó su demanda, ya que no se estableció una fecha de incumplimiento por parte del jurado. Wellons apeló la denegación de su reclamación bajo el Capítulo 93A. El tribunal de apelaciones revisó las leyes comerciales de Massachusetts, en particular con respecto a la adjudicación de intereses previos al juicio. Confirmó la negación de la reclamación de Wellons bajo el Capítulo 93A y revocó y remitió la decisión sobre los intereses previos al juicio. El tribunal concluyó que Saint-Gobain no había incurrido en prácticas comerciales engañosas o injustas bajo el Capítulo 93A, a pesar de la determinación de incumplimiento de garantía por parte del jurado. Respecto a los intereses previos al juicio, el tribunal revocó la decisión del tribunal de distrito de otorgarlos desde la fecha de entrega y remitió para que se otorgaran desde la fecha en que Wellons presentó su contrademanda.

[853] El caso es *Gata Capital, S.L. v. Valle de Brea, S. L.*, en adelante "Caso Gata Capital".

Don Alfredo fue absuelto y Gata Capital tuvo que pagar las costas del juicio. Posteriormente, se interpuso un recurso de casación.

La segunda instancia reconoció el derecho de Don Alfredo a una retribución por sus servicios de mediación según el contrato establecido.

Con respecto al contrato de cesión del terreno, se consideró que no existió mala fe en los tres contratos de opción sucesivos y se concluyó que la parte cedente (demandada Valle de Brea) no actuó con dolo. Se enfatizó que la demandante (cesionaria, Gata Capital, SL) estaba consciente de la situación, evidenciado por un anticipo pagado, sabiendo que el contrato podría no finalizarse y que el cedente devolvería el dinero si esto sucedía. Además se alegó que Gata Capital no ejercitó el derecho de opción antes de su expiración y que estaba debidamente informada.

El tribunal determinó que, dado que el contrato principal de cesión no se ejecutó, no era necesario evaluar la responsabilidad precontractual. Se descartó que hubiera una confianza legítima en la finalización del contrato por parte de la cesionaria, considerando que la falta de ejecución del derecho de opción por parte del optante extinguió la relación negocial. Se argumentó que la creación de confianza razonable para concluir el contrato proyectado depende de la actuación del optante.

En resumen, la demanda por responsabilidad precontractual fue desestimada al considerar que no se generó una confianza razonable en la conclusión del contrato, y que no se probó mala fe por parte del demandado. La teoría del RINP (Responsabilidad Precontractual) se aplicó, pero se concluyó que el elemento de buena o mala fe hacía difícil la prueba y el cumplimiento de la carga probatoria por parte del demandante.

b). Análisis del Caso

El caso mencionado presenta varias complejidades relacionadas con la responsabilidad precontractual, específicamente en el marco de la teoría de la responsabilidad precontractual (RINP) y la culpa in contrahendo (CIC). Vamos a analizar algunos puntos clave del caso bajo estos marcos teóricos:

1. Responsabilidad Precontractual y Culpa in Contrahendo (CIC): Deber de Cuidar y Deber de Informar: En este caso, se analiza la conducta de las partes durante la fase precontractual. Parece

que no se identificó un incumplimiento claro del deber de cuidar o de informar por parte de la cedente. El tribunal concluyó que no hubo mala fe o dolo en la extensión de los contratos de opción, lo que indica que no se violó el deber de cuidar ni el deber de informar en el sentido tradicional de la CIC.

2. Ruptura Maliciosa de Negociaciones Preliminares:

- Existencia de Tratativas Serias y Concretas: Se reconoce que hubo negociaciones serias, evidenciadas por la existencia de múltiples contratos de opción.

- Ruptura Maliciosa o de Mala Fe: El tribunal encontró que no hubo mala fe en la conducta de la cedente. Esta conclusión es crucial, ya que la alegación de mala fe es un componente central de la RINP y la CIC en lo que respecta a la ruptura de negociaciones.

3. Elementos del Misrepresentation:

- Aseveración Fraudulenta: No se encontró que la cedente hubiera hecho afirmaciones fraudulentas.

- Confianza Justificada del Receptor: Aunque Gata Capital pudo haber confiado en la continuidad del negocio, el tribunal no consideró esta confianza como justificada en el marco de una relación negocial que dependía del ejercicio de un derecho de opción.

- Daño Causado por la Confianza Defraudada: Dado que no se estableció una confianza justificada, tampoco se consideró el daño como relacionado con una confianza defraudada.

4. Valoración de la Prueba y el Onus Probandi: El tribunal se centró en la evaluación de la prueba presentada, en particular sobre la mala fe alegada por Gata Capital. El rechazo del tribunal a considerar la mala fe se basa en la interpretación de las pruebas y en la valoración de que la cesionaria estaba consciente de las condiciones y los riesgos del negocio.

5. Conclusión del Tribunal:

La corte concluyó que, debido a que no se ejecutó el contrato principal de cesión, no se generó una confianza razonable en su conclusión. Esto llevó a la desestimación de la responsabilidad precontractual, ya que la ruptura injustificada de las negociaciones son elementos clave en este tipo de responsabilidad.

En resumen, este caso ilustra la complejidad de probar la mala fe y la confianza defraudada en el contexto de la culpa in contrahendo y el misrepresentation. Ambas figuras llegan al mismo resultado. En el appendix III se analiza el mismo caso, pero a la luz comparativa del *Promissory Estoppel*, cuya doctrina se elabora en el capítulo V de esta obra, con resultados diferentes a los alcanzados por la CIC o la misrepresentation.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades indican que para una demanda por representación errónea es necesario probar una declaración falsa e intencionada sobre un hecho material, con el objetivo de engañar e inducir la confianza, causando daños al demandante. Sin embargo, los elementos específicos pueden variar según la jurisdicción y los detalles del caso.

El caso de *Pardee v. Consumer Portfolio Servs., Inc*., 922 F. Supp. 2d 243 (D.R.I. 2013)[854] establece la necesidad de probar la representación errónea intencionada de un hecho material.

Orbis Glob. Equity Fund v. NortonLifelock Inc.[855], No. CV-21-01995-PHX-JJT (D. Ariz. Feb. 7, 2023)[856] aborda conceptos como falsedad y materialidad en el contexto de litigios por fraude de valores.

---

[854] En este caso legal, Jonathan H. Pardee y otros demandantes (Plaintiffs) entablaron una demanda contra Consumer Portfolio Services, Inc. (CPS, Defendant) relacionada con un acuerdo de indemnización formado durante la venta de una compañía en 1997. La compañía vendida, que administraba pagos estructurados a víctimas de lesiones personales, fue adquirida por asociados de CPS, con CPS actuando como indemnizador condicional. Posteriormente, CPS rechazó indemnizar a los demandantes alegando que habían realizado representaciones falsas en el momento de la transacción. Sin embargo, el tribunal determinó que CPS no demostró confianza de estas representaciones ni que estas fueran la causa directa de sus daños. Además, el tribunal encontró que CPS estaba al tanto de las modificaciones en los acuerdos de fideicomiso de la compañía vendida a través de una investigación independiente. Como resultado, el tribunal otorgó un juicio sumario a favor de los demandantes, confirmando la validez y aplicabilidad del acuerdo de indemnización contra CPS. Se determinó que CPS era responsable de indemnizar a los demandantes por los gastos legales incurridos a raíz de las demandas resultantes del incumplimiento de SSTAI en sus obligaciones de pago tras la venta. Este fallo se centró únicamente en la cuestión de responsabilidad, dejando pendiente la determinación de los daños.

[855] Seguido por *York Cnty. ex rel. Cnty. of York Ret. Fund v. HP, Inc*., 65 F.4th 459 (9th Cir. 2023).

[856] En el caso Orbis Investment Management Limited contra NortonLifelock Inc. (anteriormente Symantec Corporation) y los individuos Gregory S. Clark, Nicholas R. Noviello, y Mark S. Garfield, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Arizona examinó acusaciones de representación falsa y conducta fraudulenta por parte de los demandados en relación con la venta de acciones comunes de Symantec. Los demandantes, Orbis Investment Management Limited, alegaron que incurrieron en pérdidas financieras significativas debido a las representaciones engañosas sobre el rendimiento financiero y las prácticas contables de Symantec durante un período relevante. Específicamente, se afirmó que Symantec, bajo la dirección de los demandados, manipuló sus declaraciones financieras y prácticas de informes no GAAP (Normas de Contabilidad Aceptadas Generalmente) para presentar de manera engañosa un desempeño empresarial más robusto de lo que en realidad era, influyendo así en las decisiones de inversión de los demandantes.

El tribunal, presidido por el Juez John J. Tuchi, encontró mérito en varias de las acusaciones sustantivas, permitiendo que el caso procediera en parte mientras desestimaba otros reclamos. En particular, se abordaron las alegaciones de que Symantec engañó a los inversores al clasificar incorrectamente ciertos gastos como costos de "transición y transformación", lo que resultó en una representación inexacta y exagerada de los ingresos operativos no GAAP de la compañía. Además, se trataron las alegaciones sobre la manipulación en la duración de los contratos para inflar artificialmente los ingresos diferidos, así como las afirmaciones de que

Van Den Heuvel v. AI Credit Corp., 951 F. Supp. 2d 1064 (E.D. Wis. 2013)[857] es relevante para entender los elementos de una demanda por representación errónea y cuándo surge un deber de divulgar[858]. Finalmente, *RCBA Nutraceuticals LLC v. Proampac Holdings Inc*., No. 23-CV-305 (E.D. Wis. June 29, 2023)[859] trata sobre la aplicabilidad de los estatutos de limitaciones en acciones como fraude y conspiración civil.

D). Caso Plus Ultra[860]: STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009)

a). Antecedentes del Caso

En el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Alcobendas, se desarrolló un complejo caso legal que involucró a varias partes interesadas. Por un lado, Dª Carla, Don Nazario, Don Octavio y la empresa "Riojana de Fincas, S.A." presentaron una demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra la empresa "Plus Ultra, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros".

---

los acusados certificaron falsamente la efectividad de los controles internos de Symantec sobre la información financiera y los procedimientos de divulgación, a pesar de las deficiencias significativas en dichos controles.

[857] Seguido por *York Cnty. ex rel. Cnty. of York Ret. Fund v. HP, Inc*., 65 F.4th 459 (9th Cir. 2023).

[858] En el caso de Ronald H. Van Den Heuvel contra varias entidades financieras y aseguradoras, la cuestión central gira en torno a acusaciones de representación falsa relacionadas con un esquema de financiamiento de primas de seguros. Van Den Heuvel y otros demandantes alegaron que los acusados, entre ellos A.I. Credit Corporation (AICC), Phoenix Life Insurance Company, y otros, promovieron un programa de financiamiento de primas de seguros denominado "Capital Maximization Strategy" (CMS). Este programa, según los demandantes, estaba plagado de proyecciones financieras engañosas y suposiciones de mercado poco realistas, diseñadas para inducir a los asegurados a invertir grandes sumas de dinero bajo la promesa de que, con el tiempo, las pólizas se autofinanciarían.

Los demandantes argumentaron que las proyecciones proporcionadas por AICC y otras entidades no cumplían con la ley aplicable y eran materialmente falsas y engañosas. Específicamente, se alegó que los demandados ocultaron los riesgos asociados con la concentración de grandes sumas de seguros en un solo asegurador, proporcionaron una descripción unidimensional de las tasas de interés y no divulgaron que el incumplimiento en el pago de las primas resultaría en la pérdida de una inversión significativa en la póliza, la pérdida de garantías y la activación de una obligación inmediata de reembolsar los préstamos de las primas. También se alegó que los demandados no informaron que los requisitos de garantía aumentarían después del primer año. Los demandantes sostuvieron que estos actos constituyeron una representación falsa, llevándolos a tomar decisiones de inversión basadas en información engañosa.

[859] En el caso de RCBA Nutraceuticals, LLC contra ProAmpac Holdings, Inc., la demanda se centra en alegaciones de representación falsa y otras infracciones contractuales y extracontractuales. RCBA Nutraceuticals, una empresa de suplementos nutricionales, acusó a ProAmpac de fabricar bolsas de plástico defectuosas para sus productos, alegando violaciones de garantías implícitas de idoneidad y comerciabilidad, así como incumplimiento de contrato como beneficiario tercero, conspiración civil, representación falsa fraudulenta y negligencia. RCBA sostuvo que ProAmpac, tras adquirir PolyFirst, asumió las responsabilidades de fabricación y entregó bolsas defectuosas que causaron daños económicos significativos a RCBA, incluyendo la necesidad de retirar productos del mercado y otorgar reembolsos.

ProAmpac desafió la jurisdicción del tribunal sobre el caso y argumentó que las reclamaciones de RCBA estaban impedidas por los estatutos de limitaciones aplicables y la doctrina de pérdida económica. El tribunal rechazó la moción de ProAmpac para desestimar por falta de jurisdicción personal, pero aceptó parte de su argumento sobre el incumplimiento de las reclamaciones. Se determinó que las demandas contractuales de RCBA estaban regidas por estatutos de limitaciones de cuatro años, y como tales, sus reclamaciones por incumplimiento de garantías implícitas y contrato, junto con la demanda por negligencia, fueron desestimadas por estar fuera de plazo. Además, se concluyó que las reclamaciones de conspiración civil y representación falsa fraudulenta estaban obstruidas por la doctrina de pérdida económica, ya que los daños alegados eran esencialmente económicos y debían abordarse bajo el derecho contractual.

[860] *Juan Contreras Sánchez En Nombre Y Representación De Doña Carla, D. Nazario Y D. Octavio y Riojana De Fincas, S.A. v. Plus Ultra, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A.,* STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009), en adelante "Plus Ultra".

La demanda buscaba la entrega de una póliza de seguro según un contrato acordado en 1999 y el pago de ciertas cantidades por concepto de viudedad y orfandad, incluyendo intereses moratorios y gastos litigiosos.

El caso tiene sus raíces en 1998, cuando Riojana De Fincas, S.A. buscaba un seguro que cubriera a sus directivos en temas de jubilación y fallecimiento. Plus Ultra presentó un proyecto de seguro específico, incluyendo a D. Nemesio con sumas aseguradas por viudedad y orfandad. Sin embargo, a pesar de varias comunicaciones y la emisión de borradores de pólizas, no se concretaron las pólizas para viudedad y orfandad, faltando los reconocimientos médicos y otros detalles.

El juzgado emitió una sentencia en 2002, determinando que el documento titulado "Proyecto de seguro para el Grupo RIOFISA" era una propuesta vinculante para formar un contrato de seguro, obligando a Plus Ultra a formalizar una póliza de seguro de vida y pensiones. No obstante, en otra interpretación judicial, se concluyó que no existía un contrato de seguro en vigor, debido a la falta de concreción de elementos esenciales como la salud de los asegurados y la ausencia de un acuerdo definitivo.

El Tribunal, en sus análisis legales, distinguió entre un precontrato y un pacto de contratar. En este caso, no se cumplían los requisitos de un precontrato, ya que faltaban elementos esenciales y ninguna de las partes se había comprometido al cumplimiento en el momento del accidente. Por tanto, no había un contrato definitivo en vigor.

Finalmente, el Tribunal determinó que no se podía aplicar la responsabilidad por la concurrencia de tratos preliminares, ya que no había una relación causal directa entre el fallecimiento del asegurado y las acciones de la demandada en el desarrollo de dichos tratos. La complejidad del caso radicó en la interpretación de los documentos y acuerdos preliminares, y en la determinación de la existencia y alcance de un contrato de seguro.

b). Análisis del Caso

Para analizar cómo las doctrinas del Misrepresentation y Culpa In Contrahendo (CIC), debemos examinar cada doctrina en el contexto del caso y ver cómo podrían justificar el fallo del tribunal.

a. Elementos del Misrepresentation

1. Aseveración Fáctica Falsa: Plus Ultra presentó una propuesta de seguro, pero no necesariamente una afirmación Fáctica falsa. Las propuestas son ofertas iniciales sujetas a negociaciones y no promesas firmes.

2. Naturaleza Fraudulenta: No hay indicación de que Plus Ultra tuviera la intención de engañar a RIOFISA o a los demandantes. La propuesta era un borrador sujeto a cambios y aprobación, no una declaración engañosa.

3. Confianza del Receptor: Aunque RIOFISA y los demandantes confiaron en la propuesta, esta confianza podría no ser justificada si entendían que la propuesta era solo un borrador y no una oferta final.

4. Justificación de la Confianza: Si los términos no estaban finalizados y dependían de futuras negociaciones y aprobaciones (como los exámenes médicos), la confianza en la propuesta como un acuerdo final no estaría justificada.

Bajo estos puntos, la doctrina de misrepresentation podría apoyar la decisión del tribunal al concluir que no hubo una representación engañosa por parte de Plus Ultra.

b. Culpa In Contrahendo (CIC)

1. Deber de Cuidar: Plus Ultra podría haber cumplido con su deber de cuidar proporcionando una propuesta de seguro, pero no tenía la obligación de garantizar la cobertura hasta que se finalizaran todos los términos y condiciones.

2. Deber de Informar: Plus Ultra informó a RIOFISA de los términos propuestos y los cambios necesarios (como los exámenes médicos), lo cual es coherente con su deber de informar.

3. Ruptura Maliciosa de Negociaciones Preliminares: No hay evidencia de que Plus Ultra haya actuado de mala fe. La falta de una póliza de seguro final se debió a la no finalización de los términos, no a una ruptura maliciosa.

Por lo tanto, bajo la doctrina de CIC, la negación de la demanda se justifica en el sentido de que Plus Ultra no incumplió sus deberes precontractuales, ya que la propuesta de seguro estaba sujeta a cambios y aprobaciones adicionales.

c. Conclusión

Ambas doctrinas, en este contexto, apoyan la decisión del tribunal de negar la demanda. Bajo el marco de misrepresentation, no se puede afirmar que Plus Ultra hizo declaraciones engañosas con la intención de defraudar. En cuanto a CIC, Plus Ultra cumplió con sus deberes precontractuales y no hubo ruptura maliciosa de las negociaciones. La falta de un contrato definitivo de seguro se debió a la no finalización de los términos necesarios, más que a un incumplimiento por parte de Plus Ultra.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Bajo la ley de Misisipi, por ejemplo, una aseguradora tiene derecho a anular o rescindir una póliza si el solicitante hizo una representación errónea material en la solicitud. Para establecer que se ha hecho una representación errónea material, la aseguradora debe demostrar que la solicitud contiene respuestas falsas, incompletas o engañosas que son materiales para el riesgo asegurado o contemplado por la póliza.

Fireman's Fund Ins. Co. v. Great Am. Ins. Co. of N.Y.[861], 822 F.3d 620 (2d Cir. 2016)[862] señala que la aseguradora tiene derecho a confiar en la información proporcionada en la solicitud.

[861] Seguido por *Fireman's Fund Ins. Co. v. Great Am. Ins. Co. of N.Y.,* 822 F.3d 620 (2d Cir. 2016; *Zim American Integrated Shipping Servs. v. Sportswear Grp.,* 550 F. Supp. 3d 57 (S.D.N.Y. 2021); *RLI Ins. Co. v. AST Eng'g Corp.,* 19cv1649 (DLC) (S.D.N.Y. Dec. 20, 2019); *XL Specialty Ins. Co. v. Prestige Fragrances, Inc*., 420 F. Supp. 3d 172 (S.D.N.Y. 2019); *Starr Indem. & Liab. Co. v. Marine Envtl. Remediation Grp., LLC*, 17 Civ. 9881 (LGS) (S.D.N.Y. July 27, 2018); *Pac. Life Ins. Co. v. The Bank of N.Y. Mellon*, 17-CV-1388 (KPF) (RWL) (S.D.N.Y. Feb. 22, 2022); *Med-Plus, Inc. v. Am. Cas. Co. of Reading*, 16-CV-2985 (NGG) (JO) (E.D.N.Y. Aug. 3, 2017); *Liberty Mut. Fire Ins. Co. v. Burlington Ins. Co.,* 15 Civ. 3438 (LGS) (S.D.N.Y. July 27, 2016); *D'Amico Dry Ltd. v. Primera Mar. (Hellas) Ltd*., 886 F.3d 216 (2d Cir. 2018); *Main St. Am. Assurance Co. v. Maven's Bus. Sols. Grp*., 21 CV 6327 (AMD)(RML) (E.D.N.Y. Dec. 5, 2022); *Safe Harbor Pollution Ins. v. River Marine Enters*., 593 F. Supp. 3d 82 (S.D.N.Y. 2022); *Lynx Tech. Partners, Inc. v. Pitts Mgmt*., 18-cv-3881 (ENV) (PK) (E.D.N.Y. June 6, 2021); *ZSA ZSA Jewels, Inc. v. BMW of N. Am*., 419 F. Supp. 3d 490 (E.D.N.Y. 2019); *Gustavia Home, LLC v. Vaz*, 17-CV-5307 (ILG) (RER) (E.D.N.Y. Aug. 8, 2019); *Fed. Ins. Co. v. Weinstein*, 18 Civ. 2526 (PAC) (S.D.N.Y. Mar. 28, 2019); *Jones v. Meehan*, 14 Civ. 6402 (KPF) (S.D.N.Y. Jan. 16, 2018); *Lanorith v. Truscelli*, 15-CV-617 (NGG) (LB) (E.D.N.Y. Aug. 21, 2017); *Iota Shipholding Ltd. v. Starr Indem. & Liab. Co*., 16 Civ. 4881 (KPF) (S.D.N.Y. May 31, 2017); *Costa v. Deutsche Bank Nat'l Tr.,* 247 F. Supp. 3d 329 (S.D.N.Y. 2017); *Vigilant Ins. Co. v. Travelers Prop. Cas. Co. of Am*., 243 F. Supp. 3d 405 (S.D.N.Y. 2017); *Safe Step Walk in Tub Co. v. CKH Indus*., Inc., 242 F. Supp. 3d 245 (S.D.N.Y. 2017); *Hartford Fire Ins. Co. v. Harborview Marina & Yacht Club Cmty. Ass'n, Inc.,* Civ. No. PJM 16-769 (D. Md. Dec. 9, 2016); *Persh v. Petersen*, 15 Civ. 1414 (LGS) (S.D.N.Y. Sep. 13, 2016); *Brettler v. Allianz Life Ins.* Co. of N. Am., 57 F.4th 57 (2d Cir. 2022); *Absolute Nev., LLC v. Baer*, 21-50-cv (2d Cir. Feb. 7, 2022); *RLI Ins. Co. v. AST Eng'g Corp.,* 20-214-cv (Lead) (2d Cir. Jan. 12, 2022); *Brettler v. Allianz Life Ins. Co. of N. Am*., 19-87-cv (2d Cir. Apr. 9, 2021); *Seguros v. Morales-Vázquez,* No. 19-1503 (1st Cir. Jan. 19, 2021); *Atl. Specialty Ins. Co. v. Coastal Envtl. Grp. Inc*., 945 F.3d 53 (2d Cir. 2019); *Paca Tr. Creditors of Lenny Perry's Produce, Inc. v. Genecco Produce Inc*., 913 F.3d 268 (2d Cir. 2019); *Kennedy v. Fed. Express Corp*., No. 16-3634-cv (2d Cir. Oct. 5, 2017); *Arnone v. Aetna Life Ins. Co*., 860 F.3d 97 (2d Cir. 2017); *Garrity v. Credit Suisse Sec*. (U.S.) LLC, 23 Civ. 1457 (KPF) (S.D.N.Y. Nov. 16, 2023); S.*R.J.F. Inc. v. Dairy Farmers of Am*., 2:22-cv-00147 (D. Vt. Sep. 26, 2023); L.*J. v. N.Y.C. Dep't of Educ*., 20 Civ. 10672 (KPF) (S.D.N.Y. Sep. 6, 2023); entre otros.

[862] En el caso relacionado con Fireman's Fund Insurance Company y Signal International, LLC, la corte determinó que las pólizas de seguro emitidas por Great American Insurance Company of New York y Max Specialty Insurance Company (MSI) podían ser anuladas debido a la falta de representación precisa de Signal sobre la condición del dique seco. Signal no reveló adecuadamente el mal estado del dique seco y la falta de reparaciones necesarias, lo cual era información crítica para las aseguradoras al momento

Mladineo v. Schmidt, 52 So. 3d 1154 (Miss. 2011)[863] discute los deberes de los agentes y corredores de seguros, así como el deber de los asegurados de leer sus pólizas[864]. La Corte sostuvo "Sin embargo, encontramos que, si los agentes ofrecen consejos a los asegurados, tienen el deber de ejercer un cuidado razonable al hacerlo. Un jurado debería decidir si se ejerció un cuidado razonable en este caso." Luego la Cortes sentencia:

> Con respecto al elemento del deber en el asunto presente, está establecido que si un agente o corredor de seguros, con la intención de ser compensado, acuerda obtener un seguro para otro y, debido a su negligencia o error, no lo hace, será responsable por cualquier daño que resulte de ello. (McKinnon, 485 So.2d en 297, citando *Simpson v. M-P Enter., Inc*., 252 So.2d 202, 207 (Miss. 1971))[865].

---

de emitir las pólizas. La corte sostuvo que esta omisión de información esencial constituyó una "misrepresentation" (representación errónea) significativa, lo que justificó la anulación de las pólizas de seguro bajo la doctrina marítima de *uberrimae fidei* y la ley del estado de Misisipi.

[863] Seguido por *Mladineo v. Schmidt*, 52 So. 3d 1154 (Miss. 2011; *Ladner Invs. v. Michael Conway Inc*., 301 So. 3d 86 (Miss. Ct. App. 2020); *Am. Zurich Ins. Co. v. Guilbeaux*, CAUSE No. 1:16CV354-LG-RHW (S.D. Miss. Apr. 5, 2018); *Mut. of Omaha Ins. Co. v. Driskell*, 293 So. 3d 261 (Miss. 2020); *Hayne v. Doctors Co*., 145 So. 3d 1175 (Miss. 2014); *Goodwin v. Progressive Gulf Ins. Co*., CIVIL ACTION No. 3:19-CV-447-CWR-LRA (S.D. Miss. Dec. 10, 2019); *Mears v. Jones*, CIVIL ACTION No. 1:17-CV-6-KS-MTP (S.D. Miss. Aug. 27, 2019); *Insurasource, Inc. v. Fireman's Fund Ins. Co*., CIVIL ACTION No. 2:11-CV-82-KS-MTP (S.D. Miss. Mar. 8, 2012); *Bell v. Certain Underwriters at Lloyd's London*, 200 So. 3d 447 (Miss. Ct. App. 2016); *Mears v. Jones*, No. 18-60001 (5th Cir. Dec. 6, 2018); *Emerald Coast Finest Produce Co. v. Alterra Am. Ins. Co*., 864 F.3d 394 (5th Cir. 2017); *Grissom v. Liberty Mut. Fire Ins. Co*., 678 F.3d 397 (5th Cir. 2012); *King v. Hammet*, CIVIL ACTION No.: 3:18-CV-672-HTW-LRA (S.D. Miss. Sep. 29, 2019); *Deloach v. Allstate Vehicle & Prop. Ins. Co*., No. 4:18-CV-141-DMB-RP (N.D. Miss. Mar. 29, 2019); *Brandon v. Shelter Mut. Ins. Co*., CIVIL ACTION No. 1:16-cv-00141-GHD-DAS (N.D. Miss. Feb. 27, 2017); *Isom v. Valley Forge Ins. Co*., CIVIL ACTION No. 2:16-CV-109-KS-MTP (S.D. Miss. Dec. 13, 2016); *Cotton v. GGNSC Batesville, LLC*, No. 3:13-CV-00169-DMB-SAA (N.D. Miss. Mar. 24, 2015); *Mays v. Mut. of Omaha Ins. Co*., CIVIL ACTION No. 1:14-CV-00048-SA-SAA (N.D. Miss. Nov. 4, 2014); *Nationwide Ins. Co. v. Lexington Relocation Servs., LLC*, CAUSE NO.: 1:12CV181-SA-DAS (N.D. Miss. Mar. 24, 2014); *Buchert v. Meyers,* CAUSE No. 1:11CV381-LG-JMR (S.D. Miss. Feb. 6, 2013); *InsuraSource, Inc. v. Phx. Ins. Co.,* 912 F. Supp. 2d 433 (S.D. Miss. 2012); *Pennell v. Wells Fargo Bank, N.A*., Civil No. 1:10-cv-00582-HSO-JMR (S.D. Miss. July 12, 2012); *Young v. Safeway Ins. Co.,* 807 F. Supp. 2d 599 (S.D. Miss. 2011); G&*B Invs. Inc. v. Henderson (In re Evans*), ADV. PROC. No. 10-00040-NPO (Bankr. S.D. Miss. Oct. 7, 2011); *In re Evans*, No. 09-03763-NPO, ADV. PROC. NO. 10-00040-NPO (Bankr. S.D. Miss. Oct. 7, 2011); *Greenwood v. Montpelier U.S. Ins. Co*., 326 So. 3d 459 (Miss. 2021); *Liberty Mut. Ins. Co. v. Miss. Transp. Comm'n*, 317 So. 3d 937 (Miss. 2021); *Somnus Mattress Corp. v. Hilson*, 280 So. 3d 373 (Ala. 2018); *Robichaux v. Nationwide Mut. Fire Ins. Co.*, No. 2010-CA-00109-SCT (Miss. Dec. 15, 2011); *Automobile Ins. Co. v. Lipscomb*, 75 So. 3d 557 (Miss. 2011); *Johnston v. Nationwide Mut. Ins. Co*., 291 So. 3d 410 (Miss. Ct. App. 2020); *O'Brien v. Alfonso*, 240 So. 3d 471 (Miss. Ct. App. 2018); *Porter v. Grand Casino of Miss., Inc*., 138 So. 3d 952 (Miss. Ct. App. 2014); *Porter v. Grand Casino of Miss., Inc.,* No. 2012-CA-01793-COA (Miss. Ct. App. May 6, 2014); *Haimur v. Allstate Prop. & Cas. Ins. Co*., No. 20-CV-483-CWR-FKB (S.D. Miss. Apr. 20, 2022); *Cheshier v. Travelers Home & Marine Ins. Co.,* 3:21-CV84-M-RP (N.D. Miss. Aug. 12, 2021); entre otros.

[864] El caso *Mladineo v. Schmidt* es relevante porque discute los deberes de los agentes y corredores de seguros, así como el deber de los asegurados de leer sus pólizas.

[865] La Corte sostuvo: "Para establecer una representación negligente, se deben demostrar los siguientes elementos: (1) una representación falsa u omisión de un hecho; (2) que la representación u omisión sea material o significativa; (3) que la persona o entidad acusada de negligencia no haya ejercido el grado de diligencia y experiencia que el público tiene derecho a esperar de tales personas o entidades; (4) que el demandante haya confiado razonablemente en la representación u omisión; y (5) que el demandante haya sufrido daños como resultado directo y próximo de dicha confianza razonable."

Por otra parte, en el caso *Patterson v. Liberty Nat. Life Ins. Co*., 903 So. 2d 769 (Ala. 2004)[866], aborda la defensa de la representación falsa en el contexto de una póliza de seguro, situación similar a nuestro. Liberty National rechazó su reclamación en una carta fechada el 21 de junio de 2001, basándose en presuntas representaciones falsas contenidas en la solicitud de seguro. Citó dos representaciones falsas específicas. Liberty National realizó una investigación estándar al enterarse de la muerte de Bruce L. Patterson. Obtuvieron registros médicos que indicaban que el Sr. Patterson había recibido Beneficios de Seguro Social por Discapacidad desde octubre de 1991, tenía antecedentes de dependencia al alcohol, depresión y ansiedad, y le habían recetado varios medicamentos para tratar estas condiciones. Estos registros sugerían que no se había proporcionado información precisa en la solicitud de seguro.

Por otra parte, en el caso *Alfa Life Ins. Corp. v. Reese*, 185 So. 3d 1091 (Ala. 2015)[867] discute la defensa de la representación errónea en el contexto de una póliza de seguro. El caso de aborda las implicaciones legales de las misrepresentaciones realizadas en una solicitud de seguro[868]. Las presuntas representaciones fraudulentas consistieron en afirmaciones hechas por los agentes de Alfa de que Lee Reese era elegible para una póliza de $15,000 sin importar sus numerosos problemas de salud preexistentes, a pesar de que el lenguaje expreso de la solicitud[869] indicaba que una persona con tales problemas de salud no era elegible para la cobertura[870].

---

[866] Seguido por *Benchmark Ins. Co. v. Sustainable Energy Sols., Inc*., No. 1:19-CV-94-WKW [WO] (M.D. Ala. June 28, 2019); *Meador v. Cincinnati Ins. Co*., 915 So. 2d 60 (Ala. Civ. App. 2005); *Eagle Transp., LLC v. Scott*, CIVIL ACTION No. 2:11-CV-96-KS-MTP (S.D. Miss. May 14, 2012); *Grantham v. Continental Assurance Co.,* Civil Action No. 2:04CV914-F [WO] (M.D. Ala. Dec. 1, 2005); *Wayne Farms LLC v. Primus Builders, Inc*., 330 So. 3d 468 (Ala. 2020); *Utils. Bd. of Opp v. Shuler Bros., Inc*., 138 So. 3d 287 (Ala. 2013); *Van Hoof v. Van Hoof*, 997 So. 2d 278 (Ala. 2008); *Grieser v. Advanced Disposal Servs. Ala., LLC*, 252 So. 3d 664 (Ala. Civ. App. 2017); *Jenkins v. Am. Transp., Inc*., 195 So. 3d 996 (Ala. Civ. App. 2015); *Mills v. Baldwin Transfer Co.,* 148 So. 3d 433 (Ala. Civ. App. 2014); *Ex Parte Salvation Army*, 72 So. 3d 1224 (Ala. Civ. App. 2011); *Berry v. Deutsche Bank Nat. Trust Co.*, 57 So. 3d 142 (Ala. Civ. App. 2010); *Alfa Insurance Co. v. Templeton*, 919 So. 2d 300 (Ala. Civ. App. 2005); entre otros.

[867] Seguido por *Desired Temp Servs. Contractors, Inc. v. Nationwide Prop. & Cas. Ins. Co*., Case No.: 2:17-cv-02149-RDP (N.D. Ala. June 27, 2019); *Vick v. Liberty Mut. Pers. Ins*., CIV. ACT. 1:22-cv-355-TFM-M (S.D. Ala. Nov. 17, 2023); *Rutherford v. Life Time Fitness, Inc*., Civil Action 2:21-cv-00377-KOB (N.D. Ala. July 27, 2022); *Integon Nat'l Ins. Co. v. Gomez*, 608 F. Supp. 3d 346 (D.S.C. 2022); *McConico v. Wal-Mart Stores*, No. 7:19-cv-1600-GMB (N.D. Ala. Mar. 23, 2021); Spina Mktg. Servs., Inc. v. McFadden, 2:14-cv-00330-JEO (N.D. Ala. Aug. 20, 2015); entre otros.

[868] El 14 de abril de 2010, Reese se reunió con Alfa y Griffith para comprar un seguro de vida para su esposo, Lee Reese (en adelante "Lee Reese"). Los demandados completaron una solicitud para asegurar la vida de Lee Reese bajo una póliza de seguro de vida que sería emitida por Alfa, con Reese como beneficiaria nombrada. Reese les informó a los demandados que buscaba obtener un seguro de vida para Lee Reese para tener fondos disponibles para su funeral en caso de su fallecimiento.

[869] En su respuesta, Alfa afirmó que la solicitud para la mencionada póliza incluía preguntas dirigidas al asegurado, que fueron contestadas de la siguiente manera: "Bajo el tema de la póliza en cuestión, 'SI CUALQUIER RESPUESTA A LAS SIGUIENTES PREGUNTAS ES 'SÍ', EL ASEGURADO PROPUESTO NO ES ELEGIBLE PARA LA COBERTURA: '¿Alguna vez ha... 'sido diagnosticado con Diabetes que requiera Insulina (inyección o Bomba) o ha tenido... tratamiento para Insuficiencia Renal; [o] Amputación debido a Enfermedad...?' 'Respuesta: 'No'".

[870] El caso gira en torno a la demanda de Wanchetta Reese contra Alfa Life Insurance Corporation, Josh Griffith y Judy Russell. Reese alega que los demandados cometieron fraude, mala fe y ultraje, además de incumplir su contrato con ella. En concreto, afirma

Finalmente, *Cooper v. Auto Club Ins,* 481 Mich. 399 (Mich. 2008) aborda los elementos de una demanda por fraude, que incluye la representación errónea[871].

E). Caso Inveravante: STS 25-06-2014 (RJ 3845/2014)

a). Antecedentes del Caso

El caso en cuestión involucra a Monte Carlo Aviation Corporation (MCA) y a IAGA Gestión de Inversiones S.L., conocida como Inveravante. En 2008, MCA presentó una demanda contra Inveravante en el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de A Coruña. El núcleo del conflicto radica en un acuerdo firmado en febrero de 2008, relacionado con la cesión de un contrato de compraventa de una aeronave Falcón 7X, inicialmente entre MCA y Dassault, datado del 7 de marzo de 2005. MCA acusó a Inveravante de incumplir el acuerdo, resolvió el contrato por estos incumplimientos y exigió una compensación de 20.309.939 USD por daños y lucro cesante.

En primera instancia, el Juzgado desestimó la demanda de MCA y la Audiencia Provincial de A Coruña confirmó esta decisión en 2012, imponiendo las costas a MCA. El Tribunal consideró que la carta de intenciones entre las partes no constituye un contrato o precontrato, y que la ruptura de las negociaciones no perjudicó a MCA. Además, se argumentó que el consentimiento de Inveravante no cubría la cesión del contrato de compraventa con el fabricante, sino solo un compromiso para negociar.

El Tribunal reconoció que, aunque hubo negociaciones preliminares y que Inveravante rompió estas sin justificación (incurriendo en responsabilidad precontractual), MCA no demostró

---

que Griffith y Russell le aconsejaron que omitiera las condiciones médicas de su marido en la solicitud del seguro de vida, y que Griffith vio la prótesis de su marido, pero aun así le permitió firmar la solicitud en su nombre. Alfa contradice que Reese y su marido hicieron falsas declaraciones y ocultaron hechos sobre su salud, lo que anula la póliza según el Código de Alabama de 1975, § 27-14-7(a). Los demandados argumentan que el caso es similar a un caso anterior, *Colza*, que debería obligar a un juicio sumario a su favor. Sin embargo, Reese sostiene que los casos son distinguibles. El tribunal de primera instancia deniega la moción de los demandados de juicio sumario, pero les permite apelar. El tribunal, en última instancia, revoca la orden del tribunal de primera instancia y devuelve el caso para ulteriores actuaciones, considerando que Reese tenía el deber de leer los documentos y que su confianza en las representaciones de los agentes no era razonable. El tribunal también dictaminó que la información obtenida por los agentes no podía imputarse a Alfa.

[871] El caso, resuelto por la Corte Suprema de Michigan en 2008, gira en torno a las demandantes, Amyruth y Loralee Cooper, quienes sufrieron lesiones en un accidente automovilístico y requirieron atención de enfermería las 24 horas del día. La demandada, Auto Club Ins, es la aseguradora de automóviles de las demandantes. Las demandantes alegan que la demandada pagó insuficientemente por los servicios de atención brindados por su madre, Sharon Strozewski. La demandada argumenta que las reclamaciones de las demandantes están sujetas a la regla de un año de retroceso de MCL 500.3145(1), que limitaría el monto de los beneficios que podrían recuperar. Sin embargo, la Corte Suprema de Michigan finalmente dictaminó que la reclamación por fraude de las demandantes no está sujeta a la regla de un año de retroceso, ya que está separada de una reclamación sin culpa. El tribunal también ofrece orientación sobre cómo evaluar reclamaciones por fraude en este contexto. El tribunal de primera instancia inicialmente había denegado las mociones de la demandada para la disposición parcial sumaria, pero la Corte de Apelaciones revocó parcialmente y remitió el caso. La Corte Suprema de Michigan remitió el caso a la Corte de Apelaciones para abordar los asuntos pendientes.

daño efectivo, por lo que no se impuso una compensación. La decisión se basó en la doctrina de que sólo el interés negativo (gastos realizados) es resarcible en casos de responsabilidad extracontractual, no el interés positivo o lucro cesante. El Tribunal concluyó que no se puede indemnizar la pérdida de oportunidades o beneficios potenciales que habrían surgido de un contrato celebrado, buscando solo restaurar la situación a cómo sería si la carta de intenciones no se hubiera firmado.

b). Análisis del Caso

Para analizar este caso bajo las doctrinas del Misrepresentation y Culpa In Contrahendo (CIC), es necesario examinar detalladamente cada doctrina en el contexto del caso.

a. Elementos del Misrepresentation

1. Aseveración Fáctica Falsa: No hay evidencia de que Inveravante hiciera una afirmación Fáctica falsa. La carta de intenciones era una manifestación de interés para entrar en negociaciones, no una afirmación engañosa de compromiso definitivo.

2. Naturaleza Fraudulenta: No parece haber un intento de fraude por parte de Inveravante. La carta de intenciones no establece un compromiso definitivo y vinculante, sino un interés en continuar las negociaciones.

3. Confianza del Receptor: Aunque MCA confiaba en que las negociaciones concluirían con éxito, esta confianza no necesariamente estaba justificada, ya que las cartas de intenciones generalmente no son vinculantes.

4. Justificación de la Confianza: Dada la naturaleza de las cartas de intenciones y la ausencia de un contrato definitivo, la confianza de MCA en una conclusión exitosa no estaba plenamente justificada.

Bajo esta doctrina, el tribunal podría concluir que no hubo misrepresentation por parte de Inveravante, ya que no se hicieron afirmaciones falsas ni hubo intento de engaño.

b. Culpa In Contrahendo (CIC)

1. Negociaciones Preliminares: El tribunal encontró que Inveravante rompió las negociaciones preliminares sin justificación, incurriendo en responsabilidad precontractual.

2. Interés Negativo vs. Positivo: El tribunal determinó que sólo se podía resarcir el interés negativo (gastos incurridos), no el interés positivo (lucro cesante).

3. Ausencia de Daño Demostrable: MCA no pudo demostrar daños específicos que calificaran para una compensación bajo el interés negativo.

En este marco, el tribunal podría concluir que, aunque Inveravante tuvo alguna responsabilidad precontractual, no era necesario otorgar una indemnización a MCA debido a la falta de daños demostrables y la naturaleza del lucro cesante.

c. Conclusión

Ambas doctrinas, aunque por diferentes razones, podrían llevar al mismo resultado: la negación de una indemnización significativa a MCA. Bajo la doctrina de misrepresentation, no hubo un engaño demostrable por parte de Inveravante. Bajo la doctrina de CIC, aunque hubo responsabilidad precontractual, no se justificaba una compensación debido a la naturaleza de los daños y a la limitación de resarcir sólo el interés negativo. Ambas doctrinas reconocen la falta de un compromiso definitivo y vinculante de Inveravante hacia MCA, y la ausencia de daños demostrables suficientes para justificar una indemnización.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que una reclamación por misrepresentation puede ser viable incluso en el contexto de una reclamación por incumplimiento de contrato, siempre y cuando la representación errónea o falsa sea independiente del incumplimiento de contrato.

El caso de *GeoMetWatch Corp. v. Behunin*, 38 F.4th 1183 (10th Cir. 2022)[872] es relevante[873], ya que discute la cuestión de la causalidad en una disputa contractual, que es central para nuestro caso.

[872] Seguido por *Salcido v. City of Las Vegas,* Civ. 21-01222 KG/JHR (D.N.M. July 20, 2023); *Willoughby v. United States*, No. 23-5013 (10th Cir. Oct. 17, 2023); *Pollak v. Wilson*, No. 22-8017 (10th Cir. Dec. 27, 2022); *Albuquerque Pub. Schs. Bd. of Educ. v. Armstrong*, No. 22-2012 (10th Cir. Dec. 12, 2022); Osborn v. Meitzen, No. 21-7069 (10th Cir. Dec. 6, 2022); *Putnam v. United States Army Review Bd. Agency*, No. CIV-22-305-G (W.D. Okla. Sep. 29, 2023); *Romero v. Core Civic, Inc*., No. 21-CV-544-KG-KRS (D.N.M. Sep. 28, 2023); Li*ston v. Julien's Pest Control,* 2:23-cv-00060 (D. Utah Oct. 24, 2023); *Salcido v. City of Las Vegas*, Civ. 21-01222 KG/JHR (D.N.M. July 20, 2023); *Johnson v. Sanchez*, 1:21-cv-00184KG-LF (D.N.M. June 14, 2023); *Peterson v. Tomich*, No. 22-8058 (10th Cir. Sep. 25, 2023); *Harding v. Grisham*, No. 22-7059 (10th Cir. Aug. 17, 2023); *Lewis v. Peabody Rocky Mountain Servs.,* No. 22-1349 (10th Cir. Aug. 2, 2023); T*he Cincinnati Ins. Co. v. Blue Cross & Blue Shield of Kan.*, No. 22-3154 (10th Cir. Aug. 1, 2023); *Robertson v. IHC Health Servs*., No. 22-4046 (10th Cir. July 19, 2023); *United States v. Cates*, 73 F.4th 795 (10th Cir. 2023); *Valdez v. MacDonald*, 66 F.4th 796 (10th Cir. 2023); *EFLO Energy v. Devon Energy Corp.,* 66 F.4th 775 (10th Cir. 2023); *Doe v. Taos Mun. Schs*., 22-cv-0590 KWR/JHR (D.N.M. Nov. 2, 2023); *Crowson v. Wash. Cnty.,* 2:15-cv-00880-DBB (D. Utah Sep. 20, 2023); *SMHG Phase I LLC v. Eisenberg,* CIVIL 1:22-cv-00035-DBB (D. Utah Aug. 23, 2023); *Shanley v. Hutchings*, 2:22-cv-00549-DBB-JCB (D. Utah May 26, 2023); *Volking v. Airxcel, Inc.,* No. 22-1046-DDC-KGG (D. Kan. Apr. 28, 2023); *Hawkins v. Cuna Mut. Grp.*, No. CIV-22-536-SLP (W.D. Okla. Jan. 13, 2023); *Lawrence v. Bonaventure of Castle Rock*, Civil Action 22-cv-01143-WJM-KLM (D. Colo. Dec. 27, 2022); *Pham v. Aeva Specialty Pharm*., Civil Action 21-cv-00703-NYW-STV (D. Colo. Dec. 8, 2022); *Garcia v. Summit Tech. Sols*., Civil Action 21-cv-03077-CNS-MDB (D. Colo. Sep. 26, 2022); *GeoMetWatch Corp. v. Utah State Univ*., 2023 UT App. 124 (Utah Ct. App. 2023); entre otros.

[873] El caso aborda el caso de secretos comerciales, *GeoMetWatch Corp. v. Behunin*, en el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Décimo Circuito. GMW alega que los demandados conspiraron para sacar a GMW del negocio al robar información confidencial y de secretos comerciales. También detalla los acuerdos contractuales entre GMW y AWSF, así como las interacciones de GMW con AsiaSat y el fabricante estadounidense.

El caso discute la formación de Tempus Global Data, Inc. por parte de los Demandados Hall y las reclamaciones posteriores de GMW contra todos los demandados. Aunque GMW presentó pruebas para respaldar sus reclamaciones, el tribunal de distrito otorgó una sentencia sumaria a favor de los Demandados Hall, los Demandados AWSF y los Demandados USURF. El tribunal encontró que GMW carecía de pruebas no especulativas y lo suficientemente probatorias de una conexión causal entre los actos presuntamente maliciosos de los demandados y los daños reclamados por GMW.

Además, el tribunal de distrito otorgó una sentencia sumaria a favor de USURF, AWSF y el Sr. Roberts basándose en la inmunidad gubernamental según la ley de Utah, y otorgó una sentencia sumaria parcial a favor de AWSF en su contrademanda contra GMW. El tribunal de distrito desestimó las demandas de GMW bajo la Ley Lanham contra AWSF y USURF, y otorgó una sentencia sumaria al Sr. Jensen y el Sr. Behunin.

GMW apeló las decisiones del tribunal de distrito, planteando varios problemas, incluida la falta de pruebas de causalidad no especulativas, inmunidad gubernamental y el resumen parcial de sentencia a favor de AWSF. Sin embargo, el Décimo Circuito confirmó las decisiones del tribunal de distrito, encontrando que los argumentos de GMW no estaban preservados, no eran efectivos o se habían renunciado debido a una argumentación inadecuada.

El caso de *Long Island v. U.S.,* 503 F.3d 1234 (Fed. Cir. 2007)[874] es importante porque discute los elementos del fraude según la ley común[875], que pueden ser análogos a la teoría de misrepresentation en cuestión.

El caso de *Ludwig & Robinson, PLLC v. Biotechpharma, LLC*, 186 A.3d 105 (D.C. 2018)[876] es relevante porque discute la distinción entre una reclamación por incumplimiento de contrato y una reclamación por tergiversación fraudulenta, y proporciona orientación sobre cuándo una reclamación por tergiversación fraudulenta es viable incluso si surge del mismo conjunto de hechos que una reclamación por incumplimiento de contrato.

F). Caso Montoro: STS 26-02-1994 (RJ 14945/1994)[877]

[874] Seguido por *Veridyne Corporation v. U.S.,* Nos. 06-150C 07-647C (Fed. Cl. Sep. 12, 2008); *Public Service Company of Oklahoma v. U.S.,* No. 08-501 C (Fed. Cl. Feb. 16, 2010); *Harper/Nielsen-Dillingham, Builders, Inc. v. United States*, No. 05-269C (Fed. Cl. Apr. 29, 2008); *Kellogg Brown & Root Servs., Inc. v. United States*, 728 F.3d 1348 (Fed. Cir. 2013); *Marquardt Company v. U.S.,* No. 09-642 C (Fed. Cl. Oct. 27, 2011); *Valley Realty Company v. U.S.*, No. 10-256C (Fed. Cl. Dec. 20, 2010); *Enron Federal Solutions, Inc. v. U.S.,* 80 Fed. Cl. 382 (Fed. Cl. 2008); *Long Island Sav. Bank v. United States*, 555 U.S. 812 (2008); *Oracle Am., Inc. v. United States*, 975 F.3d 1279 (Fed. Cir. 2020); *Kiewit Infrastructure W. Co. v. United States*, 972 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2020); *K-Con Bldg. Sys., Inc. v. United States*, 778 F.3d 1000 (Fed. Cir. 2015); *United States ex rel. Davis v. U.S. Training Ctr. Inc*., 498 F. App'x 308 (4th Cir. 2012); *Doral Bank PR v. Federal Home Loan Mortgage Corp*., 477 F. App'x 31 (4th Cir. 2012); *Cordis Corp. v. Boston Scientific Corp*., 658 F.3d 1347 (Fed. Cir. 2011); *United States ex rel. Ubl v. IIF Data Solutions*, 650 F.3d 445 (4th Cir. 2011); *Ward v. U.S. Postal Serv*, 634 F.3d 1274 (Fed. Cir. 2011); *Maropakis Carpentry v. U.S.*, 609 F.3d 1323 (Fed. Cir. 2010); *U.S. v. Ingram*, 594 F.3d 972 (8th Cir. 2010); *First Federal Sav. Loan Ass'n v. U.S.,* 290 F. App'x 349 (Fed. Cir. 2008); *In re Peanut Crop Ins. Co*., 524 F.3d 458 (4th Cir. 2008); *Hoopa Valley Tribe v. United States Bureau of Reclamation*, 1:20-cv-1814-JLT-EPG (E.D. Cal. Dec. 29, 2022); *Barlovento, LLC v. AUI, Inc.,* Civ. No. 18-1112 GJF/JHR (D.N.M. Nov. 27, 2020); *Gibson v. Dist. of Columbia*, 270 F. Supp. 3d 241 (D.D.C. 2017); *Barry v. Medtronic, Inc.,* 250 F. Supp. 3d 107 (E.D. Tex. 2017); Ber*lin v. Bank of Am., N.A*., 101 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 2015); *Ultratec, Inc. v. Sorenson Commc'ns, Inc*., 14-cv-66-bbc (W.D. Wis. Aug. 28, 2014); *Gloucester Twp. Hous. Auth. v. Franklin Square Assocs*., Civil No. 12-CV-953(RMB/AMD) (D.N.J. Aug. 2, 2013); *United States v. Kellogg Brown & Root Servs., Inc*., 856 F. Supp. 2d 176 (D.D.C. 2012); *Cunningham & Associates, PLC v. Arag, LLC*, 842 F. Supp. 2d 25 (D.D.C. 2012); *Davis v. Nationwide Mut. Fire Ins. Co.*, 811 F. Supp. 2d 1240 (E.D. Va. 2011); *Shell Global Solutions*, CIVIL ACTION No. 4:09-cv-3778 (S.D. Tex. Mar. 21, 2011); *America v. Mills*, 654 F. Supp. 2d 28 (D.D.C. 2009); *5860 Chicago Ridge, LLC v. United States,* No. 07-680C (Fed. Cl. Apr. 27, 2012); *Mehaffy v. United States*, No. 09-860L (Fed. Cl. Jan. 10, 2012); *Alcatec, LLC v. United States*, No. 08-113C (Fed. Cl. Aug. 24, 2011); *Alcatec, LLC v. United States*, No. 08-113C (Fed. Cl. Aug. 24, 2011); *McGuire v. U.S*., No. 09-380L (Fed. Cl. Feb. 18, 2011); entre otros.

[875] En el caso de *Cooper v. Auto Club Ins.*, las demandantes Amyruth y Loralee Cooper sufrieron graves lesiones cerebrales en un accidente automovilístico. El demandado, Auto Club Ins, pagó por la atención médica de las niñas, pero supuestamente pagó menos de lo debido por los servicios de cuidado en el hogar. Las demandantes presentaron una demanda en 2003, alegando fraude por parte del demandado. El demandado presentó tres mociones para resolución parcial sumaria, todas las cuales fueron denegadas por el tribunal de primera instancia. La Corte de Apelaciones revocó parcialmente, dictaminando que la demanda por fraude estaba sujeta a la regla de un año de retroactividad de MCL 500.3145(1). Sin embargo, el Tribunal Supremo de Michigan dictaminó que la acción por fraude no estaba sujeta a dicha regla, ya que es una acción independiente y distinta. El tribunal también ofreció orientación sobre cómo evaluar este tipo de reclamaciones por fraude. El caso fue devuelto a la Corte de Apelaciones.

[876] Ludwig & Robinson PLLC (L & R) demanda a BiotechPharma, LLC (BTP), Converting Biophile Laboratories, Inc. (CBL), Raouf Guirguis y Martin Kalin por incumplimiento de contrato, fraude y conspiración. L & R alega que BTP contrató los servicios de la firma de abogados en 2011 pero no pagó por los servicios prestados, incluso después de dos cartas de compromiso modificadas. L & R afirma que los demandados hicieron representaciones falsas y ocultaron información para engañar a la firma de abogados. La Corte Superior desestimó las demandas de fraude y conspiración, pero L & R está apelando, argumentando que se cometió un error y proporcionando detalles sobre la conducta fraudulenta alegada. También discuten la posibilidad de recuperar gastos como daños compensatorios y si las demandas de fraude y conspiración están separadas del contrato.

[877] *Montoro Iluminación, S.A. v. Expo Grupo, S.A., Activos de Gestión, S.A. y D. Antonio M. F.* STS 26-02-1994 (RJ 14945/1994), en adelante referido como "Caso Montoro".

a). Antecedentes del Caso

En el caso del juicio de menor cuantía núm. 630/88 en Barcelona, la empresa Montoro Iluminación, S.A. demandó a Activos en Gestión, S.A., Expo Grupo, S.A. y Don Francisco por una indemnización y el pago de costas. Los demandados se opusieron, alegando temeridad y mala fe de la parte demandante y solicitando que se les impusieran las costas.

La demanda fue inicialmente desestimada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Barcelona, decisión que fue confirmada por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación de Montoro Iluminación. En este proceso, se impusieron las costas a la empresa demandante.

Durante el juicio, se examinaron varios documentos presentados por Montoro Iluminación, incluyendo copias de telex y cartas relacionadas con un proyecto en el hotel Gran Mediterráneo Palace. Sin embargo, el Tribunal determinó que estos documentos sólo reflejaban ofertas preliminares, no un contrato vinculante, ya que no había acuerdo en aspectos esenciales como el precio y la aceptación completa de la oferta.

El Tribunal, con el Magistrado Alfonso Villagómez Rodil como ponente, enfatizó la importancia de la buena fe en las negociaciones y la necesidad de una aceptación explícita y definitiva para la formación de un contrato. Concluyó que no se probó mala fe por parte de los demandados y que no existía un contrato consumado, sino solo tratos previos y actividades relacionadas con ofertas iniciales.

b). Análisis del Caso

Analizando este caso a la luz de las doctrinas del misrepresentation y de la CIC, vemos los siguientes resultados:

a. Aplicación de los elementos del Misrepresentation

1. Aseveración Fáctica Falsa: No parece haber una aseveración Fáctica falsa hecha por los demandados. Los documentos presentados por “Montoro Iluminación, S.A.” no contenían cláusulas expresas ni manifestaciones de conformidad con las propuestas y ofertas mencionadas.

2. Naturaleza Fraudulenta: No hay evidencia de un intento de engaño o fraude por parte de los demandados. Las negociaciones parecen haber sido preliminares y sin una conclusión definitiva.

3. Confianza del Receptor: Aunque "Montoro Iluminación, S.A." confiaba en la formación de un contrato, esta confianza no estaba justificada debido a la falta de acuerdo en aspectos esenciales y la ausencia de una manifestación clara de aceptación por parte de los demandados.

4. Justificación de la Confianza: La confianza de "Montoro Iluminación, S.A." no estaba justificada, ya que las negociaciones eran preliminares y no se había llegado a un consenso definitivo.

Bajo esta doctrina, el tribunal podría concluir que no hubo misrepresentation por parte de los demandados.

b. Aplicación de Culpa In Contrahendo (CIC)

1. Negociaciones Preliminares: Se reconoce que hubo negociaciones preliminares, pero no se llegó a un acuerdo definitivo.

2. Buena Fe y Mala Fe: La buena fe se presume en las negociaciones. No hubo evidencia de mala fe por parte de los demandados, lo cual es esencial para establecer la CIC.

3. Responsabilidad Precontractual y Daños: Aunque se reconoce la posibilidad de responsabilidad precontractual (CIC) por romper negociaciones preliminares sin justificación, no se probó la mala fe ni se demostraron daños específicos.

En este marco, el tribunal podría concluir que, no hubo responsabilidad precontractual porque no se pudo probar la mala fe y los daños demostrables.

c. Conclusión

Ambas doctrinas, aunque con diferentes enfoques, llevan al mismo resultado: la desestimación de la demanda de "Montoro Iluminación, S.A.: Bajo misrepresentation, no se encontró una representación engañosa por parte de los demandados. En el contexto de CIC, no se justificaba una indemnización debido a la falta de mala fe y de daños demostrables. En ambos

casos, se reconoce que las negociaciones eran preliminares y no llegaron a culminar en un contrato vinculante.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Este caso en la práctica se reconduce también a situaciones de formación de contratos sobre la base de la oferta, aceptación, consideración y mutualidad de asentimiento.

G). Caso Industrias BEC: STS 05-04-1999 (RJ 2310/1999)[878]

a). Antecedentes del Caso

El caso se centra en un conflicto legal entre dos empresas, Sociedad Mercantil DIRECCION001 e Industrias BEC, S.A. Inicialmente, DIRECCION001 demandó a Industrias BEC, y el juzgado les concedió una indemnización parcial de 840.000 pesetas. No contenta con esta decisión, DIRECCION001 apeló y la Audiencia Provincial de Barcelona incrementó la indemnización a 4.425.000 pesetas.

Sin embargo, Industrias BEC no se quedó conforme y presentó un recurso de casación, argumentando que se había hecho una aplicación incorrecta del artículo 1902 del Código Civil, que trata de la responsabilidad por daños causados por culpa o negligencia, y del principio de buena fe establecido en el artículo 7.1 del mismo código. El caso de Industrias BEC se centraba en la ausencia de mala fe o malicia en sus acciones durante las negociaciones precontractuales con DIRECCION001.

El Tribunal Superior revisó el caso y concluyó que no hubo mala fe por parte de Industrias BEC en el proceso de negociación precontractual. Por lo tanto, no se encontró evidencia de culpa "in contrahendo" (culpa en la fase precontractual). Esta decisión se basó en jurisprudencias previas que enfatizan la importancia de la buena fe en las negociaciones precontractuales.

En consecuencia, el Tribunal Superior revocó la sentencia de la Audiencia Provincial y restableció la decisión inicial del juzgado, que había concedido una indemnización menor a DIRECCION001. Esta sentencia subraya la importancia de demostrar la mala fe o malicia en las

[878] *Sociedad Mercantil DIRECCION001 v. Industrias BEC, S.A.,* STS 05-04-199 (RJ 2310/1999). En adelante referido como "Caso Industrias BEC".

negociaciones precontractuales para establecer la responsabilidad bajo la teoría de la culpa in contrahendo.

b). Análisis del Caso

Ahora bien, haciendo un análisis comparativo entre el misrepresentation del common law y la CIC del civil law, ambas figuras pueden llevar al mismo resultado en este contexto legal, como veremos a continuación:

a. Aplicación de los elementos del misrepresentation

1. Aseveración Fáctica Falsa: No parece haber una aseveración fáctica falsa por parte de Industrias BEC, S.A. La existencia de un presupuesto y comunicaciones previas no constituyen en sí mismas una afirmación de un acuerdo definitivo.

2. Naturaleza Fraudulenta: No hay evidencia de fraude o engaño por parte de Industrias BEC, S.A. Las negociaciones preliminares y los presupuestos son típicos en las fases iniciales de cualquier acuerdo comercial.

3. Confianza del Receptor: Aunque DIRECCION001 confiaba en que las negociaciones resultarían en un contrato definitivo, esta confianza no se basaba en afirmaciones engañosas por parte de Industrias BEC, S.A.

4. Justificación de la Confianza: La confianza de DIRECCION001 no estaba justificada hasta el punto de presumir la existencia de un contrato vinculante, ya que solo existían comunicaciones preliminares y un presupuesto.

b. Aplicación de Culpa In Contrahendo (CIC)

1. Negociaciones Preliminares: El caso involucra negociaciones preliminares y un presupuesto, lo cual es típico en las etapas previas a la formación de un contrato.

2. Buena Fe y Mala Fe: El tribunal concluyó que no había evidencia de mala fe por parte de Industrias BEC, S.A. en la ruptura de las negociaciones preliminares.

3. Responsabilidad Precontractual y Daños: La falta de evidencia de mala fe y la ausencia de un contrato perfeccionado significan que no hay base para una responsabilidad precontractual significativa que justifique una indemnización a DIRECCION001.

c. Conclusión

En ambos enfoques, ya sea considerando misrepresentation o CIC, el resultado es el mismo: la desestimación de la demanda de DIRECCION001. Bajo misrepresentation, no se encontraron afirmaciones engañosas que justificaran la confianza de DIRECCION001 en la existencia de un contrato vinculante. En el contexto de CIC, aunque hubo negociaciones preliminares, no se probó mala fe por parte de Industrias BEC, S.A., lo cual es esencial para establecer una responsabilidad significativa que justifique una indemnización. En ambos casos, se reconoce la falta de un acuerdo definitivo y vinculante entre las partes.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Los casos revisados generalmente concuerdan en los elementos de una reclamación por representación falsa, aunque existen algunas variaciones. Por ejemplo, el caso de Florida (*Caufield v. Cantele*[879], 837 So. 2d 371 (Fla. 2002)[880] y Texas (*Quintillion Subsea Operations, LLC v.*

[879] Seguido por *Caufield v. Cantele*, 837 So. 2d 371 (Fla. 2002; *Parker v. Bd. of Trs. of the City Pension Fund for Firefighters & Police Officers in Tampa*, 149 So. 3d 1129 (Fla. 2014); *Demont v. Demont*, 24 So. 3d 699 (Fla. Dist. Ct. App. 2009); *McArdle v. McArdle,* 354 So. 3d 550 (Fla. Dist. Ct. App. 2023); *Ham v. Portfolio Recovery Assocs*., 308 So. 3d 942 (Fla. 2020*); Broward Marine v. Palm Beach Polo*, 902 So. 2d 855 (Fla. Dist. Ct. App. 2005); *Atrium Med. Corp. v. MSP Recovery Claims, Series, LLC*, No. 3D23-0384 (Fla. Dist. Ct. App. July 5, 2023); *Fischer v. Fischer*, 224 So. 3d 919 (Fla. Dist. Ct. App. 2017); *Fanelli v. HSBC Bank USA*, 170 So. 3d 72 (Fla. Dist. Ct. App. 2015); Miccosukee Tribe of Indians of Fla. v. Lewis, 122 So. 3d 504 (Fla. Dist. Ct. App. 2013); *J.B. v. Dep't of Children & Family Servs.,* 101 So. 3d 407 (Fla. Dist. Ct. App. 2012); *Dickson v. Heaton*, 87 So. 3d 81 (Fla. Dist. Ct. App. 2012); *Alhambra Homeowners Ass'n v. Asad*, 943 So. 2d 316 (Fla. Dist. Ct. App. 2006*); Dolphin LLC v. WCI Communities, Inc.*, 715 F.3d 1243 (11th Cir. 2013); *Warfield v. Stewart*, 434 F. App'x 777 (11th Cir. 2011); *Chalfonte Condominium Apartment Ass'n v. QBE Insurance*, 561 F.3d 1267 (11th Cir. 2009); *Benchouchan v. VMM Enterprises, In*c., 310 F. App'x 316 (11th Cir. 2009); *Flava Works, Inc. v. A4A Reseau, Inc*., 1:14-CV-23208-LENARD/GOODMAN (S.D. Fla. Aug. 24, 2023*); Grayson v. No Labels, Inc*., 6:20-cv-1824-PGB-LHP (M.D. Fla. Jan. 17, 2023); *Ever Better Eating, Inc. v. Jama's Express LLC*, 8:21-cv-1798-CEH-CPT (M.D. Fla. Dec. 19, 2022); *Grigorian v. FCA U.S., LLC*, 18-24364-CIV-COOKE/GOODMAN (S.D. Fla. Nov. 30, 2021); *Flava Works, Inc. v. A4a Reseau, Inc*., 14-23208-CIV-LENARD/GOODMAN (S.D. Fla. June 14, 2021); *Moreiras v. Scottsdale Ins. Co*., No. 20-cv-21303-BLOOM/Louis (S.D. Fla. Apr. 29, 2020); *O'Steen v. Lafayette State Bank (In re O'Steen*), BK No. 3:14-bk-4766-PMG (M.D. Fla. Nov. 14, 2019); *Duran v. Feldman*, No. 2:16-CV-14301-ROSENBERG/LYNCH (S.D. Fla. Apr. 13, 2017); *Am. Infoage, LLC v. Regions Bank*, Case No: 8:13-cv-1533-T-23JSS (M.D. Fla. Dec. 7, 2016); *Life Changing Ministries, Inc. v. Canopius US Ins., Inc*., Case No: 5:15-cv-59-Oc-30PRL (M.D. Fla. Nov. 28, 2016*); Lankhorst v. Indep. Sav. Plan Co*., No. 3:11-cv-390-J-34JRK (M.D. Fla. Sep. 28, 2015); *Llano Funding Grp., LLC v. Cassidy*, No. 14-CIV-62863-BLOOM/Valle (S.D. Fla. Aug. 5, 2015); *Md. Cas. Co. v. Emp't Partners, Inc*., No. 8:14-cv-1912-T-33MAP (M.D. Fla. Dec. 11, 2014); *Lumpuy v. Scottsdale Ins. Co*., No. 8:11-cv-2455-T-24 MAP (M.D. Fla. Apr. 25, 2013); *Warfield v. Stewart,* No. 2:07-cv-332-FTM-33SPC (M.D. Fla. Feb. 24, 2010); *Huffman v. Cohen*, No. 07-CV-702-TCK-PJC (N.D. Okla. Nov. 24, 2009); *Carolina Casualty Ins. v. Bogin, Munns Munns, P.A*., No. 6:07-cv-1999-Orl-19DAB (M.D. Fla. June 13, 2008); *Cascella v. Canaveral Port District*, No. 6:04-cv-1822-Orl-19DAB (M.D. Fla. July 22, 2007); *PRN Real Estate & Invs. v. Cole (In re Cole),* 6:15-bk-06458-GER (Bankr. M.D. Fla. Jan. 5, 2023); entre otros.

[880] En el caso *Caufield v. Cantele*, No. SC99-95, la Corte Suprema de Florida sostuvo que el recurso de apelación plenario es el método adecuado para que un tribunal de distrito revise la determinación de un tribunal de primera instancia sobre los honorarios de abogados y costas después de un desistimiento voluntario. Además, la corte aclaró que no es necesario alegar específicamente la base contractual o estatutaria de una reclamación por honorarios de abogados, y que el no hacerlo específicamente no resulta en la renuncia de la reclamación. La corte también encontró que una demanda por daños y perjuicios por representación falsa fraudulenta sobre una propiedad adquirida según un contrato puede constituir litigio "derivado de" el contrato donde las partes han pretendido que dicho litigio esté cubierto por una provisión de honorarios de abogados. El caso fue remitido para procedimientos consistentes con las conclusiones de la corte, y la opinión se archivó el 19 de diciembre de 2002. El caso se originó en el Quinto Tribunal de Apelaciones del Distrito, donde se certificó el conflicto de decisiones. Los abogados involucrados en el caso son Robert

Maritech Project Servs., Civil Action 4:20-cv-02310 (S.D. Tex. Jan. 9, 2023)[881]) pueden proporcionar información de fondo sobre la aplicación de la regla de pérdida económica y los requisitos de la Regla 9(b) del Reglamento Federal de Procedimiento Civil, respectivamente.

El caso *Lane v. Page*[882], 862 F. Supp. 2d 1182 (D.N.M. 2012)[883] trata sobre una demanda colectiva de accionistas alegando que una declaración de proxy representó falsamente y/o omitió hechos materiales, lo cual puede proporcionar una analogía útil para una reclamación por representación falsa. Finalmente, el caso *Babcock & Wilcox Co. v. Cormetech, Inc*., 848 F.3d 754 (6th Cir. 2017)[884] del 6º Circuito discute la formación de un contrato y el efecto de las discrepancias

---

Bruce Snow, Donald R. Peyton, Jon H. Anderson y Ralph Artigliere. La corte hace referencia a varios casos, incluyendo *Stockman v. Downs* y *Chatlos v. City of Hallandale*, que proporcionan un contexto importante para la decisión de la corte. La corte discute el tema de si una orden sobre honorarios de abogados es una orden apelable, y encuentra que el Quinto Distrito ejerció adecuadamente la jurisdicción que le confiere la Constitución de Florida.

[881] La Acción Civil 4:20-cv-02310 en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Texas, involucra a Quintillion Subsea Operations, LLC como demandante y a Maritech Project Services, LTD y Maritech International, LTD como demandados. El tribunal decidió el 9 de enero de 2023 conceder la moción de los demandados para desestimar el Punto II debido al incumplimiento del demandante con la Regla 9(b) del Reglamento Federal de Procedimiento Civil. Sin embargo, el tribunal también negó la moción de los demandados para desestimar el Punto II basándose en que estaba prohibido por la Cláusula de Comercio Interestatal o prevenido por la ley general marítima. El demandante tiene 14 días para presentar una demanda enmendada. El caso gira en torno a la alegación del demandante de que Maritech no entregó el Alaska Scout o un sustituto adecuado como requería el Acuerdo de Servicios de Mantenimiento Marino (MMSA). El demandante terminó el MMSA y entró en acuerdos de un año con diferentes empresas. El Punto II alega que Maritech participó en actos o prácticas desleales o engañosas en la conducta del comercio o comercio. La Regla 9(b) se aplica a las reclamaciones de AUTPA del demandante.

[882] Seguido por *Lane v. Page,* 862 F. Supp. 2d 1182 (D.N.M. 2012; *Key v. Butch's Rat Hole & Anchor Serv*., CIV 17-1171 RB/KRS (D.N.M. Feb. 15, 2022); *SFF-TIR, LLC v. Stephenson,* 452 F. Supp. 3d 1058 (N.D. Okla. 2020); *Martin v. City of Albuquerque*, No. CIV 18-0031 RB/JFR (D.N.M. Mar. 9, 2020); *Acevedo v. Sw. Airlines Co*., Civil Action No. 1:16-cv-00024-MV-LF (D.N.M. Dec. 10, 2019); *O Centro Espirita Beneficente União Do Vegs in U.S. v. Duke*, 343 F. Supp. 3d 1050 (D.N.M. 2018); *Schueller v. Wells Fargo & Co*., CIV 16-0107 MV/KBM (D.N.M. June 12, 2018); *Tullie v. T & R Mkt., Inc*., 1:14-cv-00670-KBM-GJF (D.N.M. Aug. 30, 2016); *XTO Energy, Inc. v. ATD, LLC,* No. CIV 14-1021 JB/SCY (D.N.M. Aug. 22, 2016); *XTO Energy, Inc. v. ATD, LLC*, No. CIV 14-1021 JB/SCY (D.N.M. Apr. 1, 2016); *New Mexico ex rel. Balderas v. Valley Meat Co*., No. CIV 14-1100 JB/KBM (D.N.M. Dec. 14, 2015); *Fager v. Centurylink Commc'ns, LLC*, Civ. No. 14-cv-00870 JCH/KK (D.N.M. June 25, 2015); entre otros.

[883] El caso de *Lane v. Page* gira sobre una demanda colectiva de accionistas en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en Nuevo México. Lawrence Lane alega que los demandados utilizaron una declaración de poderes engañosa para obtener la aprobación de los accionistas para la venta de Westland Development al Grupo de Empresas SunCal. El caso también discute la historia de la Concesión de Tierras de Atrisco y la formación de Westland Development.

El caso proporciona información adicional sobre las diversas ofertas de fusión que Westland Development recibió, las negociaciones que siguieron y la eventual fusión con el Grupo de Empresas SunCal. También discute los antecedentes procesales del caso, incluyendo la denuncia inicial, las mociones para desestimar y las decisiones del tribunal sobre esas mociones. El caso detalla las acusaciones hechas por Lane contra los demandados, incluyendo que tergiversaron el valor de Westland Development, no revelaron información importante sobre derechos minerales y omitieron entidades relevantes de la fusión. También discute el acuerdo alcanzado entre las partes, la cantidad de honorarios y gastos de abogados, y el razonamiento detrás del acuerdo.

La Corte analiza varias mociones para desestimar, las decisiones del tribunal sobre esas mociones y el estipulado de acuerdo entre las partes. También discute los argumentos presentados por Lane y el consejo de la clase en apoyo del acuerdo, honorarios de abogados y gastos, así como las objeciones planteadas por varias partes.

El caso detalla la decisión del tribunal de conceder la moción para la aprobación del acuerdo de la clase, que incluye un pago a la clase, honorarios de abogados y gastos, y un pago a Lane. El tribunal rechazó varias objeciones al acuerdo, considerándolo justo, razonable y adecuado.

[884] Seguido por *Babcock & Wilcox Co. v. Cormetech, Inc*., No. 5:14CV514 (N.D. Ohio Oct. 3, 2017); *Villareal v. Buckle, Inc.*, No. 15-14382 (E.D. Mich. Sep. 28, 2017); *Masters Entm't Grp. v. Aurich*, 3:18-cv-01314 (M.D. Tenn. June 14, 2022); *Jarvela v. Washtenaw Cnty.*, Civil Action 19-12157 (E.D. Mich. Aug. 2, 2021); *Walsh v. Rupkus*, 551 F. Supp. 3d 736 (E.D. Mich. 2021); *Midtown Invest. Grp. v. Massachusetts Bay Insurance Co.*, Civil Action 20-10239 (E.D. Mich. July 27, 2021); *Marks v. Schafer & Weiner, PLLC*, No. 20-11059 (E.D. Mich. Mar. 19, 2021); *Shina v. State Farm Fire & Cas. Co.,* No. 20-10080 (E.D. Mich. Feb.

entre los términos de una oferta y aceptación, lo cual puede ser relevante para nuestro caso si la reclamación por representación falsa surge de una disputa contractual[885].

6.2. Jurisprudencia de Alemania[886]

A). Caso del corredor inmobiliario (Sentencia IIIZR 224/06)

a). Antecedentes del Caso

Este caso trata de una demanda interpuesta por el corredor de bienes inmuebles (del comprador) en contra del comprador de un bien inmueble por sus comisiones en la venta frustrada de un inmueble.

El vendedor argumentó que un empleado del corredor le había comunicado que el vendedor había expresado que la propiedad inmueble no estaba sujeto a restitución (es decir, sujeto a devolución); sin embargo, el comprador acusó al vendedor de proporcionar información incorrecta y maliciosa por cuanto tal propiedad sí estaba sujeto a restitución y por ello el vendedor se abstuvo de realizar la transacción.

El Tribunal sostuvo[887]:

> Si el cliente corredor recibe información incorrecta del vendedor durante la negociación del contrato y durante la certificación notarial del contrato de compraventa de que la propiedad no está sujeta a restitución y, por lo tanto, concluye en contrato de compraventa,

---

4, 2021); *El-Khalil v. Usen*, No. 18-12759 (E.D. Mich. Jan. 14, 2021); *United States v. Holland*, No. 13-10082 (E.D. Mich. Nov. 13, 2020); *Scott v. Martin*, NO: 3:17-0868 (M.D. Tenn. Aug. 12, 2020); *Gray v. Auto-Owners Ins. Grp*., No. 18-13888 (E.D. Mich. July 31, 2020); *Hill v. Whitmer,* No. 10-14568 (E.D. Mich. June 2, 2020); *Smith v. Smith*, No. 19-10330 (E.D. Mich. May 8, 2020); *Caudle v. Nielsen Co*. (U.S.), No. 17-13737 (E.D. Mich. Mar. 31, 2020); *FCA US LLC v. Bullock*, 446 F. Supp. 3d 201 (E.D. Mich. 2020); *Gould Elecs. Inc. v. Livingston Cnty. Rd. Comm'n*, No. 17-11130 (E.D. Mich. Feb. 18, 2020); *Mowett v. City of Detroit*, No. 16-12971 (E.D. Mich. Jan. 29, 2020); *Nouri v. Manzella*, No. 17-12322 (E.D. Mich. Sep. 10, 2019); *Kasprzycki v. Mich. Dep't of Corr.,* No. 17-cv-11220 (E.D. Mich. July 30, 2019); *Jewel v. Cnty. of Macomb,* No. 17-cv-13063 (E.D. Mich. July 16, 2019); *Hill v. Whitmer*, No. 10-cv-14568 (E.D. Mich. July 12, 2019); *Lyngaas v. Curaden AG*, No. 17-cv-10910 (E.D. Mich. May 23, 2019); *White v. Equity Experts.Org, LLC*, No. 17-cv-12102 (E.D. Mich. Mar. 6, 2019); *Am. Chem. Techs., Inc. v. Comerica Bank*, No. 17-cv-13433 (E.D. Mich. Mar. 4, 2019); *Crosson v. United Steel Local 1299*, No. 17-cv-12361 (E.D. Mich. Feb. 6, 2019); *Lauve v. Winfrey,* No. 17-cv-12726 (E.D. Mich. Nov. 5, 2018); *Davis v. Detroit Pub. Sch. Cmty. Dist*., No. 17-cv-12100 (E.D. Mich. Oct. 10, 2018); *Roe v. Snyder*, Civil Action No. 16-cv-13353 (E.D. Mich. Sep. 12, 2018); *Grimwood v. Am. Airlines, Inc.*, 323 F. Supp. 3d 928 (E.D. Mich. 2018); *Ostipow v. Federspiel,* No. 16-cv-13062 (E.D. Mich. July 16, 2018); *Freije v. Montmorency Cnty*., No. 16-cv-12251 (E.D. Mich. July 16, 2018); *Smith v. Stewart*, No. 16-cv-13673 (E.D. Mich. July 9, 2018); *Crosson v. United Steel Local 1299*, No. 17-cv-12361 (E.D. Mich. June 29, 2018); *Hill v. Snyder*, 308 F. Supp. 3d 893 (E.D. Mich. 2018); entre otros.

[885] En el caso de *Babcock & Wilcox Co. v. Cormetech, Inc*., la Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Sexto Circuito anuló la decisión del tribunal de distrito y devolvió el caso para más procedimientos. Originalmente, B&W había presentado reclamaciones contra Cormetech por incumplimiento de la garantía de rendimiento y ejecución de la indemnización contractual, pero el tribunal de distrito falló en su contra, determinando que la reclamación por incumplimiento de garantía estaba fuera del plazo y que la reclamación de indemnización carecía de evidencia suficiente. B&W apeló, argumentando que el tribunal de distrito erró al no considerar los registros bajo la luz más favorable al no demandante. El Sexto Circuito estuvo de acuerdo, encontrando que el tribunal de distrito se equivocó al ver la evidencia a favor del demandante y que el testimonio de varios empleados y expertos de B&W era evidencia suficiente para anular la decisión.

[886] En el anexo III de esta obra se realiza una comparación más detallada con el Promissory Estoppel.

[887] Sentencia IIIZR 224/06, Corte Federal de Justicia de Alemania BGH, (2008).

es responsable por el incumplimiento de las obligaciones de negociaciones contractuales, en la medida en que haya sufrido un daño como resultado, un reclamo por daños y perjuicios, que obliga al vendedor según §249 del BGB[888] a tratar al comprador como si no hubiera celebrado el contrato de compra. b). Si el comprador desiste del contrato de compraventa en tales circunstancias antes de obtener el permiso requerido por la Ley de Bienes Raíces, el contrato de compraventa no entrará en vigor; no surge un reclamo de comisión del corredor. (p. 1).

La sentencia de la Segunda Sala Civil se basa en la apelación del acusado del Tribunal Regional Superior de Turingia en Jena el 9 de agosto de 2006. El 5 de noviembre de 2003, el comprador había desistido de la compraventa basada en el hecho de que la vendedora había planeado hacerlo contrario a la verdad bajo falsas promesas. Posteriormente el contrato de venta no fue llevado a cabo. El demandado comprador niega su obligación de comisión con respecto a las circunstancias y afirma que la propia demandante (la corredora) recibió información incorrecta sobre el sesgo de restitución de la propiedad.

El juzgado de primera instancia ordenó el pago de 22, 241.20 € más intereses. La Corte de Apelaciones desestimó la apelación del acusado, pero el Tribunal revisa la sentencia recurrida y remite el caso al Tribunal de Apelación.

El Tribunal valoró que la reclamación de transferencia debía clasificarse como un defecto legal en el artículo comprado. La comisión del intermediario (el corredor inmobiliario) está supeditado a la celebración de un contrato de compraventa, a que entre en efecto y en vigor, lo cual no ha sucedido en este caso. Pero un tema a tratar es ver si efectivamente se realizó el contrato o no, donde entonces funcionaría la comisión del demandante puesto que, si las partes contratantes rescinden el contrato después de otorgada la aprobación y es rescindido de mutuo acuerdo después, entonces allí procedería el pago de la comisión.

Sin embargo, si el demandado vendedor se retira de los vínculos del contrato celebrado con el vendedor antes de que entre en vigor legítimamente, habría que ver si el contrato se celebra a consecuencia de una culpa in contrahendo del vendedor y el corredor[889]. En el caso la demandada

[888] BGB §249: "(1) Quien está obligado a pagar daños y perjuicios debe restablecer la situación que existiría si no se hubiera producido la circunstancia que obliga a la persona a pagar la indemnización."

[889] Mosset Iturraspe menciona la responsabilidad del corredor de proponer tratos con precisión, exactitud y claridad. Además, aborda la responsabilidad del corredor por "supuestos falsos" que conducen a precios inexactos. (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, p. 140).

(compradora) presentó evidencia de que tenía al jefe del departamento de bienes raíces de la vendedora y a un empleado del vendedor que antes de la certificación y en la ventana de certificación preguntaron si había reclamos pecuniarios, y ellos habrían asegurado que no había reclamaciones pecuniarias. Sin embargo, en el 2002, ya había 21 reclamaciones de derechos de propiedad desde 1991. Sin embargo, el Tribunal de Apelación no se pronunció sobre este hecho.

El Tribunal valoró la actuación de la culpa in contrahendo del vendedor bajo el amparo del numeral 311 del Código Civil Alemán (BGB) estipula lo siguiente[890]:

(1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.

(2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:

1. El inicio de las negociaciones del contrato,

2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o

3. Contactos similares de tipo negocial.

(3) Dicha obligación comienza a existir en particular si el tercero, al reclamar que se le otorgue un alto grado de confianza, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en la celebración del contrato.

Por su parte, el aludido artículo §241.II del BGB explica, respecto a los deberes derivados de una obligación que[891]:

[890] Código Civil Alemán (BGB), §311. Enero 2 de 2002. (Alemania).
[891] BGB § 241.

(1) En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento del deudor. La actuación también puede consistir en omisión.

(2) Una obligación también puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, intereses legales y otros intereses de la otra parte.

De otra parte, el Tribunal estimó que existía la posibilidad de un fraude genético, un engaño, y que la Sala no tuvo en cuenta la mala fe de una de las partes. Para ello revisó el numeral 124 del BGB primer párrafo[892]:

Período de tiempo para anular

(1) La anulación de una declaración de voluntad anulable en virtud del artículo 123 sólo puede efectuarse en el plazo de un año.

(2) En caso de dolo, el plazo comienza en el momento en que la persona con derecho a evitar descubre el dolo y, en caso de coacción, en el momento en que termina la coacción. Las disposiciones de los artículos 206, 210 y 211 aplicables a la prescripción se aplican según el transcurso del plazo.

Es decir, las negociaciones preliminares deben estar inmunizadas de comportamientos negligentes de una de las partes, pero ello no significa ignorar que una parte tiene el derecho de impugnar una transacción obtenida por mala fe o engaño de la otra parte contractual, a la que se la debe proteger contra medios no autorizados de influir en la voluntad. Entonces el Tribunal resuelve devolver los cuadernos de apelación a la Sala de Apelación para revisar este extremo atinente a la culpa in contrahendo de la parte demandante (que había dado información incorrecta y engañosa a la vendedora).

b). Análisis del Caso

[892] BGB §124.

En este caso, la aplicación de las doctrinas del Misrepresentation y Culpa In Contrahendo (CIC) son relevantes para entender la decisión del tribunal de una manera casi idéntica.

a. Aplicación de los elementos del Misrepresentation

1. Aseveración Fáctica Falsa: Aquí, el vendedor (o sus empleados) comunicaron al corredor que la propiedad no estaba sujeta a restitución, lo cual resultó ser falso[893].

2. Naturaleza Fraudulenta: Si el vendedor conocía la situación real de la propiedad y aun así informó lo contrario, esto podría considerarse una conducta engañosa.

3. Confianza del Receptor: El corredor, y posiblemente el comprador, confiaron en la información proporcionada por el vendedor. Esta confianza se basó en la creencia de que la propiedad no estaba sujeta a restitución.

4. Justificación de la Confianza: La confianza del corredor y del comprador estaría justificada si ellos no tenían razón para dudar de la veracidad de la información proporcionada por el vendedor.

Sin embargo, el uso de la figura del misrepresentation por parte del comprador frente al vendedor no incide en una posible demanda del corredor inmobiliario del comprador quien tiene una causa de acción diferente y basada en otras teorías como se verá en el punto (c) de este apartado.

b. Aplicación de Culpa In Contrahendo (CIC)

1. Deber de informar: la parte vendedora sabía las condiciones de la propiedad a venderse y omitió brindar información importante que de haberse develado hubiera generado que el comprador cambie su parecer, ya que el comprador hace una compra guiado por la información que le brinda el corredor inmobiliario, quien a su vez confía en la información del vendedor.

2. Negociaciones Preliminares: Durante las negociaciones del contrato, el vendedor proporcionó información incorrecta sobre la restitución de la propiedad, lo que podría considerarse una violación de sus deberes precontractuales.

[893] Oughton analiza en detalle la representación errónea (misrepresentation) y establece que, para constituir una representación errónea, la declaración del demandado debe ser una declaración falsa de hecho que induzca a la otra parte a celebrar un contrato con él. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, pp. 172-178).

3. Buena Fe y Mala Fe: La buena fe es un requisito en las fases preliminares del contrato. Si el vendedor actuó de mala fe al proporcionar información falsa, esto podría constituir culpa in contrahendo

4. Responsabilidad Precontractual y Daños: Si el comprador sufrió un daño como resultado de la información incorrecta proporcionada por el vendedor, esto podría dar lugar a una reclamación de daños y perjuicios bajo la doctrina de CIC.

c. Conclusión

En este caso, tanto la doctrina de misrepresentation como la de CIC podrían aplicarse para responsabilizar al vendedor por proporcionar información incorrecta durante las negociaciones del contrato. Bajo el misrepresentation, la conducta del vendedor podría ser considerada engañosa, mientras que bajo CIC, podría ser considerada una violación de los deberes precontractuales de buena fe. En ambos enfoques, el resultado sería la responsabilidad del vendedor por los daños sufridos por el comprador debido a la información fáctica falsa proporcionada; sin embargo, una potencial demanda del corredor inmobiliario no se basaría en la teoría de misrepresentation o CIC sino en una figura contractual, como lo veremos en el acápite siguiente.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que un corredor puede seguir teniendo derecho a una comisión incluso si la venta subyacente no se cierra, dependiendo de los términos del acuerdo de listado y si el corredor consiguió un comprador dispuesto, capaz y listo.

Los casos más relevantes son *Fairbourn Commercial, Inc. v. American Housing Partners, Inc.,* 94 P.3d 292 (Utah 2004)[894] y ***Richard A. Mathurin & Associates, LLC v. Crowe,*** 338 F. Supp.

[894] Seguido por View *Condominium Owners Ass'n v. Msico*, 127 P.3d 697 (Utah 2005); *South Ridge Homeowners' Ass'n v. Brown*, 226 P.3d 758 (Utah Ct. App. 2010); *Young v. Wardley Corp*., 182 P.3d 412 (Utah Ct. App. 2008); *Gregory & Swapp, PLLC v. Kranendonk*, 424 P.3d 897 (Utah 2018); *Fort Pierce Indus. Park Phases II, III & IV Owners Ass'n v. Shakespeare*, 379 P.3d 1218 (Utah 2016); *Holladay Towne v. Brown Family Holdings*, 248 P.3d 452 (Utah 2011); *Encon Utah, LLC v. Fluor Ames Kraemer, LLC*, 210 P.3d 263 (Utah 2009); *CAFÉ Rio v. Larkin-Gifford-Overton*, 207 P.3d 1235 (Utah 2009); *Mellor v. Wasatch Crest*, 201 P.3d 1004 (Utah 2009); *Vestin v. First American Title Ins. Co*., 139 P.3d 1055 (Utah 2006); *Swan Creek Village Homeowners v. Warne*, 134 P.3d 1122 (Utah 2006); *Christiansen v. Farmers Ins. Exchange*, 116 P.3d 259 (Utah 2005); *Estate of Berkemeir v. Hartford Ins. Co.,* 106 P.3d 700 (Utah 2004); *Thatcher v. Lang*, 462 P.3d 397 (Utah Ct. App. 2020); *Elite Legacy Corp. v. Schvaneveldt*, 391 P.3d 222 (Utah Ct. App. 2016); *Cheney v. Hinton Burdick Hall & Spilker, PLLC*, 366 P.3d 1220 (Utah Ct. App. 2015); *Red Cliffs Corner v. Hunan,* 219 P.3d 619 (Utah Ct. App. 2009); *Free Motion v. Wells Fargo Bank West,* 208 P.3d 1066 (Utah Ct. App. 2009); *Holladay Towne Center, LLC v. Brown Family Holdings, LC*, 198 P.3d 990 (Utah Ct. App. 2008); *Gurney v. Young*, 2008 UT App. 343 (Utah Ct. App. 2008); *Baxter v. Saunders*, 171 P.3d 469 (Utah Ct. App. 2007); *MAAK v. IHC HEALTH SERVICES, INC*, 166 P.3d 631 (Utah Ct. App. 2007); *Carvelas v. Summit Financial Resources, L.P.,* 2006 UT App. 436 (Utah Ct. App. 2006); *Boulton v. Bronn*, 2006 UT App. 91 (Utah Ct. App. 2006); *Swenson v. Erickson*, 131 P.3d 267 (Utah Ct. App. 2006); *Panos v. Olsen and Associates Const., Inc.*, 123 P.3d 816 (Utah Ct. App. 2005); *ED INGRAM DBA ED INGRAM CONSTRUCTION v. KITTS,* 2005 UT App. 271 (Utah Ct. App. 2005); *Vestin Mortg. v. First American Title Ins. Co*., 101 P.3d 398 (Utah Ct. App. 2004); *Surety v. Barlow*, 628 F. App'x 980 (10th Cir. 2015); *Fid. & Deposit Co. v. Goran, LLC*, No. 2:17-cv-00604-TC-PMW (D.

2d 157 (D. Me. 2004). Ambos casos discuten si un corredor tiene derecho a una comisión cuando no se realiza una venta. En *Fairbourn*[895], el tribunal sostuvo que el corredor tenía derecho a una comisión porque el acuerdo de listado se modificó para ser independiente de la regla "dispuesto, capaz y listo". En *Mathurin*[896], el tribunal sostuvo que el corredor podría recuperar una comisión si conseguía un comprador dispuesto, capaz y listo, pero el vendedor impedía que se realizara la venta. Estos casos sugieren que el derecho de un corredor a una comisión depende de los términos del acuerdo de listado y del papel del corredor en la obtención de un comprador.

Otros casos, como *In re A-1 Planks & sScaffold Mfg., Inc.,* 437 B.R. 689 (Bankr. D. Kan. 2010)[897], proporcionan cierta orientación sobre el tema general de cuándo un corredor tiene derecho a una comisión incluso si una venta no se cierra[898]. En *A-1 Plank*s, el tribunal sostuvo que

---

Utah Dec. 17, 2020); *TriStar Risk Mgmt., Corp. v. Am. Liberty Ins. Co.,* No. 2:16-cv-00476-DN (D. Utah Aug. 31, 2017); *Global Fitness Holdings, LLC v. Federal Recovery Acceptance, Inc*., 127 F. Supp. 3d 1176 (D. Utah 2015); *Benchmark Group, Inc. v. Penn Tank Lines, Inc*., 612 F. Supp. 2d 562 (E.D. Pa. 2009); *Astro Technology, Inc. v. Alliant Techsystems, Inc*., Civil Action No. H-03-0745 (S.D. Tex. Sep. 28, 2005); *Hofmann v. Damarc Quality Inspection Servs., LLC (In re Mountain W. Indus., LLC*), 592 B.R. 871 (Bankr. D. Utah 2018); *In re Beckstead,* Bankruptcy Number: 05-35213 (Bankr. D. Utah Apr. 26, 2006); entre otros.

[895] El tribunal de primera instancia falló a favor de Fairbourn, otorgándoles una comisión de bienes raíces de $153,000, así como los honorarios de los abogados y los costos del juicio. Sin embargo, American apeló esta decisión, argumentando que el acuerdo de listado no otorgaba a Fairbourn el derecho a una comisión hasta que se cerrara la venta, lo cual nunca ocurrió.

El tribunal de apelaciones no estuvo de acuerdo con American y confirmó el fallo del tribunal de primera instancia. Posteriormente, American solicitó un recurso de *certiorari*, argumentando que la frase "vencible y pagadero al cierre" en el acuerdo de listado requería que la transacción se consumara antes de que Fairbourn tuviera derecho a una comisión. El tribunal dictaminó que la frase "vencible y pagadero al cierre" no era ambigua y era simplemente una cláusula de tiempo, no una condición previa al pago. Por lo tanto, el tribunal confirmó la decisión del tribunal de apelaciones, dictaminando que Fairbourn tenía derecho a la comisión.

[896] Se trata de un caso entre Richard A. Mathurin & Associates, LLC (el corredor) y Robert E. Crowe, Sr. (el vendedor). Ambos firmaron una carta de compromiso que estipulaba que la comisión del corredor se calcularía según la cantidad que el vendedor recibiera de la venta de su negocio. El corredor encontró un comprador, pero el vendedor hizo una contraoferta que el comprador aceptó. Posteriormente, el comprador y el vendedor firmaron una carta de intención, que establecía que no era vinculante para ninguna de las partes.

El vendedor no proporcionó al comprador la documentación de la condición financiera del negocio y finalmente retiró el negocio del mercado. En respuesta, el corredor demandó al vendedor por su comisión, y el vendedor solicitó un fallo sumario. El tribunal concedió la moción en parte y la negó en parte. Dictaminó que el corredor podría recuperar su comisión si demostraba que había conseguido un comprador dispuesto, capaz y listo, pero el vendedor impidió que se realizara la transacción.

Finalmente, el tribunal concedió el fallo sumario al vendedor sobre las reclamaciones del corredor por *enriquecimiento injusto y quantum meruit*.

[897] Seguido por *In re Dalton Crane, L.C.,* 641 B.R. 850 (Bankr. S.D. Tex. 2022); *In re Deliverance Christian Church*, No. 11-62306 (Bankr. N.D. Ohio Nov. 6, 2013).

[898] Dos casos de bancarrota relacionados con las actividades comerciales entrelazadas de la familia Allenbaugh estaban siendo administrados conjuntamente en el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos, D. Kansas. Los deudores estaban tratando de vender varias propiedades y equipos, y Sunflower Bank tenía un reclamo en su contra por más de $ 3.5 millones. J.P. Weigand & Co. actuó como corredor de bienes raíces de los deudores y buscó una comisión del 6% sobre la venta de las propiedades. El Banco se opuso al pago de la comisión de Weigand, pero el Tribunal dictaminó que los honorarios del corredor debían permitirse y tratarse como un recargo, y que el Banco financiaría el monto.

el corredor tenía derecho a una comisión porque produjo un comprador dispuesto, capaz y listo y fue la causa eficiente y de obtención de la transacción.

También tenemos otros casos como *Salce v. Wolczek*, 104 A.3d 694 (Conn. 2014) e *In re Oak Knoll Assocs., L.P.,* 525 B.R. 175 (Bankr. D. Me. 2015)[899], que proporcionan cierta orientación sobre la importancia de un acuerdo escrito y el papel del corredor en la transacción. En *Salce*[900], el tribunal sostuvo que el corredor tenía derecho a una comisión a pesar de que no se produjo ninguna transferencia de título porque se presumía que el corredor tenía derecho a la comisión al ejecutar un acuerdo de venta vinculante. En *Oak Knoll*[901], el tribunal sostuvo que el corredor no tenía derecho a una comisión porque no se cumplieron los términos del acuerdo de listado.

En general, las autoridades sugieren que un corredor puede seguir teniendo derecho a una comisión incluso si la venta subyacente no se cierra, dependiendo de los términos del acuerdo de listado y si el corredor consiguió un comprador dispuesto, capaz y listo.

---

[899] Seguido por *Southport Congregational Church—United Church of Christ v. Hadley*, 320 Conn. 103 (Conn. 2016); *Centerplan Constr. Co. v. City of Hartford*, 343 Conn. 368 (Conn. 2022); P*arker v. Zoning Comm'n of Town of Wash.*, 209 Conn. App. 631 (Conn. App. Ct. 2022); *Pack 2000, Inc. v. Cushman*, 198 Conn. App. 428 (Conn. App. Ct. 2020); *Reiner v. Reiner*, 190 Conn. App. 268 (Conn. App. Ct. 2019); *Gorski v. McIsaac*, 112 A.3d 201 (Conn. App. Ct. 2015); *Harris v. Scarcelli (In re Oak Knoll Assocs., L.P.),* 835 F.3d 24 (1st Cir. 2016); *Nat'l Waste Assocs. v. Lifeway Christian Res. of S. Baptist Convention,* 3:20-cv-00654 (M.D. Tenn. July 25, 2022); *Discuillo v. Allstate Ins. Co.*, CIVIL No. 3:17-CV-234 (KAD) (D. Conn. Feb. 8, 2019); *Malick v. J.P. Morgan Chase Bank*, N.A., CIVIL ACTION No. 3:13-cv-00669 (VLB) (D. Conn. Sep. 29, 2015); Ferguson v. Fairfield Caterers, Inc., No. 3:11-cv-01558 (JAM) (D. Conn. May 20, 2015); *Sikorsky Fin. Credit Union, Inc. v. Butts*, 315 Conn. 433 (Conn. 2015); *Freidheim v. McLaughlin*, 217 Conn. App. 767 (Conn. App. Ct. 2023); *Tolland Meetinghouse Commons, LLC v. CXF Tolland, LLC*, 211 Conn. App. 1 (Conn. App. Ct. 2022); *Liberty Transp., Inc. v. Mass. Bay Ins. Co*., 189 Conn. App. 595 (Conn. App. Ct. 2019); *MSW Assocs. v. Planning & Zoning Dep't of Danbury,* 202 Conn. App. 707 (Conn. App. Ct. 2021); *Liberty Transp. v. Mass. Bay Ins.* Co., File No. CV-13-6044771-S (Conn. App. Ct. Mar. 27, 2018); *Stone Key Group, LLC v. Taradash*, No. FSTCV166029872S (Conn. Super. Ct. Oct. 11, 2019); *Liberty Transportation, Inc. v. Massachusetts Bay Insurance Co*., HHDCV136044771S (Conn. Super. Ct. Mar. 27, 2018); *Ridgefield Waterside Motors, LLC v. Borg*, CV165015844S (Conn. Super. Ct. Oct. 30, 2017); *Weinshel, Wynnick & Associates, LLC v. Bongiorno*, No. FSTCV126016910S (Conn. Super. Ct. July 28, 2016); *Brynwood Golf & Country Club, Inc. v. Grbic,* No. FSTCV126012635S (Conn. Super. Ct. July 7, 2016); OneBeacon America Insurance Company v. Hanover Insurance Company, No. HHDCV156057541S (Conn. Super. Ct. July 5, 2016); entre otros.

[900] La Corte Suprema de Connecticut confirmó la sentencia del Tribunal de Apelaciones a favor del demandante, Anthony H. Salce, Sr. La disputa surgió de un acuerdo de compraventa entre Salce y Walter Wolczek, en el que Wolczek acordó pagar a Salce una cantidad adicional si se cumplían ciertas condiciones. Wolczek argumentó que la cláusula de contingencia era ambigua y no se aplicaba a la transferencia de la propiedad equitativa, pero el tribunal consideró que el lenguaje era inequívoco y dictaminó que la transferencia de la propiedad equitativa por parte de Wolczek a Brian Vaughn activaba la cláusula. El tribunal también confirmó la concesión de intereses posteriores al juicio a Salce por parte del tribunal de primera instancia. Un juez discrepó, argumentando que la cláusula de contingencia era ambigua y que el juicio sumario era improcedente.

[901] Este caso detalla una disputa entre Harris y Scarcelli sobre si Harris tiene derecho a una comisión por el trabajo que realizó en relación con la venta de bienes raíces propiedad de Oak Knoll en Connecticut. Las dos partes presentaron numerosos alegatos y pruebas, y el tribunal finalmente rechazó la solicitud de Harris y otorgó un juicio sumario a favor de Scarcelli y Oak Knoll. El tribunal determinó que Harris no tenía derecho a una comisión por ninguna de las tres vías contractuales, y también rechazó sus argumentos alternativos y reclamos por un gasto administrativo.

B). Caso del comprador de inmuebles engañado (Sentencia III ZR 295/04)

a). Antecedentes del Caso

Esta sentencia se dictó el 22 de septiembre de 2005 por el Tribunal Supremo Federal de Justicia de Alemania, siendo el Juez presidente Schlick (los otros jueces fueron Streck, Dorr, Galke y Dr. Hermann).

Originalmente la sentencia original del Senado Civil del Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein en Schleswig del 28 de mayo de 2004 a favor de los demandantes (compradores) se anula en la apelación del demandado (corredor inmobiliario). Luego, el asunto se remite de nuevo al Tribunal de Apelación para una nueva audiencia y decisión.

Los demandantes (compradores de un inmueble) entablan una demanda de recuperación de honorarios profesionales pagados al corredor de inmuebles por haberles vendido una propiedad inmueble defectuosa.

En 1994, los vendedores (cónyuges SZ) adquirieron la propiedad en cuestión de una ejecución hipotecaria y sabían que desde que fue edificada en 1909 había estado infestada de una bacteria que atacaba la madera de la casa, ubicada en la villa de Art Nouveau. Los demandados (vendedores) ocuparon la casa, pero no la rehabilitaron.

Los demandantes (compradores), con ayuda del demandado (el corredor inmobiliario) compraron la propiedad el 17 de junio de 1994 por 1.6 millones de marcos alemanes. La sección 4 del contrato contenía una exclusión de garantía y la seguridad de que el vendedor “no estaba al tanto de la existencia de defectos ocultos como esponja o bloque de madera.” (Sentencia IIIZR 295/04, p.4).

El contrato se produjo, y el comprador (demandante ahora) eximía al vendedor de la obligación de pagar la comisión de intermediación al demandado (agente inmobiliario) y por tanto se comprometía a pagar a dicho corredor una comisión del 5.5.% del precio de compra más el 15% del impuesto IVA. El contrato se produjo y el corredor tenía un derecho independiente contra el comprador (demandante) por el pago de la comisión.

Los demandantes (compradores) pagaron 101,200 marcos alemanes (al tipo de cambio de esa fecha, era como 51 742.74 euros) al corredor (demandado ahora).

Después de que el testigo S informara a los compradores (demandantes) de la infestación de la madera de la casa en marzo de 1997, demandaron al vendedor para que les devolviera el precio de compra de la casa. El juzgado de distrito confirmó la demanda notificada el 2 de febrero

de 1998 mediante sentencia del 9 de abril de 1999. Los vendedores apelaron, pero luego firmaron un “acuerdo de conciliación” notarial (que en realidad era un acuerdo de conversión de traspaso) con los demandantes el 28 de abril de 2000, por medio del cual los vendedores se comprometían a devolver el precio de compra, a pagar una indemnización de 95,000 marcos alemanes y a retirar su recurso a cambio de la retransmisión de la propiedad.

Los demandantes se basaron en que el entonces director gerente del agente demandado estaba al tanto de la infestación en la casa desde 1985, y partir de ello exigieron el reembolso de los honorarios del agente. Su demanda tuvo éxito en los tribunales inferiores, pero la Sala de Apelaciones la revocó.

El Tribunal Federal de Justicia valoró en los fundamentos de derecho que el tribunal de apelación siguió las conclusiones del tribunal regional de que el director gerente del agente inmobiliario (demandando) en ese momento ya estaba al tanto de la infestación de la casa en 1985. Este extremo se corroboró con la manifestación del testigo S. que tuvo contacto con el corredor inmobiliario en ocasión de la venta de un yate a motor en relación con la casa que se utilizaba en ese entonces como residencia de ancianos.

El Tribunal Federal estimó que se estableció una relación de confianza mediante la cláusula de corretaje incluida en el contrato de compra de la propiedad, que se consideró como un contrato a favor del demandado (corredor) como tercero, y debido a esta posición jurídica, los demandados (corredores inmobiliarios) habrían cumplido obligaciones contractuales accesorias de un acreedor. De ahí que el deber general de protección y cuidado del acreedor se fundamentaba en el deber del demandado de informar a los demandantes de su conocimiento en vista de su aparente necesidad de instrucción sobre la infestación de la casa, a tenor de la cláusula de garantía del contrato de compraventa (Sentencia IIIZR 295/04, primer fundamento de derecho).

El Tribunal Federal consideró que la cláusula por la cual el vendedor se libera de su obligación de pagar la comisión al corredor (demandado) no constituye una reclamación independiente contra el comprador (demandante). Es decir que un contrato a favor de terceros no constituye una relación jurídica contractual independiente entre el prominente (comprador) y el tercero (corredor inmobiliario), pero el tercero (el agente inmobiliario) adquiere un derecho de reclamación separado. “Sin embargo, la titularidad del tercero resulta en la debida diligencia que todo acreedor tiene al momento de ejercer sus derechos. A este respecto, la relación entre el tercero

y el promitente se considera similar a un contrato." (Sentencia IIIZR 295/04, segundo considerando de derecho).

El Tribunal Federal estimó concretamente que se debía estudiar la relación fontanal, subyacente y originaria que dio nacimiento al contrato de comisión inmobiliaria, expresando lo siguiente en su tercer fundamento:

> Según la jurisprudencia del Senado, el derecho al pago de la comisión de corretaje se extingue si la conversión del contrato de compraventa probada o mediada por el corredor se produce por vicio encubierto dolosamente, si el comprador también hubiera tenido derecho a impugnar el contrato de compra según §123 BGB como resultado del mismo engaño… En esa decisión, el Senado señaló que, desde el punto de vista del agente, la decisión del comprador de si deseaba cambia el contrato de compraventa por un defecto encubierto de manera fraudulenta o impugnaba el contrato por una declaración falsa fraudulenta era aleatoria. Por lo tanto, sería arbitrario hacer depender de esto la existencia de su pretensión de comisión. Más bien, el único factor determinante para la comisión de intermediación es que el contrato mediado o probado adolezca desde el principio de una imperfección por el "defecto de impugnabilidad" y, además, fracase económicamente por ello, comparable a aquellos casos en los que las partes contratantes celebran en el contrato principal respetando el derecho de apelación. Sin embargo, tal tratamiento igualitario de la garantía y la rescisión del contrato presupone que el derecho de rescisión todavía existe y, por lo tanto, el comprador ha hecho valer sus derechos de garantía, en particular dentro del periodo de rescisión de un ano del articulo 124 (1) BGB. (Sentencia IIIZR 295/04, tercer considerando de derecho.)

De esta forma queda claro que el Tribunal Federal considera que la suerte del contrato de compraventa contrala el destino del contrato accesorio de corretaje, el cual no es totalmente independiente. La decisión sub judice hace alusión a la sentencia del tribunal regional "en el juicio preliminar de los demandantes contra los vendedores sugiere que fueron engañados fraudulentamente por los vendedores" (p. 11).

Por estos considerandos, el Tribunal Federal devuelve los cuadernos de apelación a la Sala de Apelaciones para sentenciar de acuerdo a esta doctrina. Está claro entonces que el corredor inmobiliario también conocía del defecto de la casa y tenía la obligación de proporcionar

información clara y no engañosa con respecto a las condiciones del inmueble, de modo que el corredor incurrió en culpa in contrahendo por cuanto la información proporcionada era errónea y falsa.

Es necesario revisar el numeral 123 del BGB que estipula (anulabilidad por dolo[902] o coacción)[903]:

> (1) Una persona que ha sido inducida a hacer una declaración de intenciones mediante engaño o coacción ilegal puede evitar la declaración[904].
> (2) Cuando un tercero cometió este engaño, una declaración que debía hacerse a otra persona sólo puede evitarse si esta última conocía el engaño o debería haberlo conocido. Si una persona distinta de aquella a quien se ha de hacer la declaración adquirió un derecho como consecuencia directa de la declaración, la declaración hecha a esa persona puede evitarse si conocía o debería haber conocido el engaño.

El Tribunal Federal hace referencia a la CIC del corredor inmobiliario por cuanto su deber de informar fue quebrado y por cuanto existió engaño de parte de los vendedores y también del agente inmobiliario.[905]

b). Análisis del Caso

En el caso presentado, el Tribunal Supremo Federal de Justicia de Alemania aborda una situación donde se entrelazan los conceptos de misrepresentation y Culpa In Contrahendo (CIC), particularmente enfocándose en el deber de informar. A continuación, se realiza un análisis

[902] Mussy analiza el concepto de "dolo" (fraude) en la formación de contratos, que está relacionado con misrepresentaciones (Mussy, A. (1999). *El deber de información sobre derecho comparado*. Trento-Italia: Alcione S.N.C., pp. 232-233.
[903] BGB § 123.
[904] Haciendo un paréntesis, en el campo del *common law,* Oughton aborda el concepto de "coacción económica" y la distinción entre coacción y negociación dura. También discute la importancia de si la víctima protestó, tenía alternativas de acción y recibió asesoramiento independiente. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 348).
[905] Ahora bien, con respecto a la obligación de informar a partir del numeral 311.II del BGB, el Tribunal Federal ha sido consistente en sus resoluciones. Por ejemplo, en la Sentencia XI ZB 3/16 del 23 de octubre de 2018 (Sentencia XI ZB 3/16, Tribunal Federal de Justicia de Alemania, (2008), la Corte decidió: " La responsabilidad legal especial según el prospecto de la sección 127 (a) versión anterior no sólo incluye la responsabilidad segundo el prospecto del derecho civil general en el sentido más estricto, sino también una reclamación por danos y perjuicios contra la sociedad de inversión de capital por incumplimiento del deber de proporcionar información mediante el suso de un folleto de venta incorrecto al iniciar el contrato de inversión §280 párrafo 1 GBG en conjunto con §311 párrafo 2 BGB."

comparativo de cómo estos conceptos se aplican y llevan a resultados similares en este caso específico.

a. Análisis de Misrepresentation

1. Aseveración Fáctica Falsa: El corredor inmobiliario, al estar al tanto desde 1985 de la infestación de madera y no revelar esta información crucial a los compradores, proporcionó una aseveración fáctica falsa respecto a la condición de la propiedad.

2. Naturaleza Fraudulenta: La omisión de información crítica sobre la infestación de la propiedad puede considerarse una conducta fraudulenta, ya que influyó en la decisión de los compradores de proceder con la compra. Dicha omisión de información indujo a los compradores a actuar en confianza en dicha incorrecta información[906].

3. Confianza del Receptor: Los compradores confiaron en la información proporcionada por el corredor, asumiendo que la propiedad estaba libre de defectos significativos.

4. Justificación de la Confianza: La confianza de los compradores estaba justificada dada su relación contractual con el corredor y la expectativa razonable de recibir información completa y precisa sobre la propiedad.

b. Análisis de Culpa In Contrahendo (CIC)

1. Deber de Cuidado y de Informar: El corredor inmobiliario, al conocer el defecto de la propiedad y no informar a los compradores, incumplió su deber de cuidado y de informar, elementos esenciales en la CIC.

2. Ruptura Maliciosa de Negociaciones Preliminares: Aunque no hubo una ruptura en las negociaciones, la omisión de información relevante por parte del corredor podría considerarse equivalente a una ruptura maliciosa, ya que indujo[907] a los compradores a un contrato bajo premisas falsas.

---

[906] Oughton señala que una representación errónea (misrepresentation) puede llevar a una persona a celebrar un contrato que de otro modo no habría realizado. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 74).

[907] Siber menciona la representación errónea fraudulenta en algunos lugares, como cuando se discute sobre alguien que fue "veranlaßt" (inducido) a comprar acciones sin valor a través de fraude. (Siber (1914). Culpabilidad en Incumplimiento del Contrato. En Strohal, E. (editor) *El Comentario de Planck al Código Civil* (*Plancks Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*) II, 1, 4.a ed. Berlín: Gutentag Verlagsbuchhandlung, p. 81).

3. Daño Causal: Los compradores sufrieron un daño real al comprar una propiedad defectuosa basándose en información incorrecta[908], lo cual está directamente relacionado con la violación del deber de informar del corredor.

c. Conclusión

Tanto en el análisis de misrepresentation como en el de CIC, se identifica una responsabilidad similar del corredor inmobiliario debido a la falta de divulgación de información vital sobre la propiedad. En ambos casos, esta omisión lleva a una responsabilidad por los daños sufridos por los compradores. La sentencia refleja cómo la omisión de información relevante, tanto bajo el concepto de misrepresentation como bajo la CIC, puede llevar a consecuencias legales significativas para la parte que incumple su deber de informar de manera transparente y completa.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que el hecho de que un corredor de bienes raíces no revele un defecto oculto en una propiedad puede resultar en la pérdida de su comisión, así como en una posible responsabilidad por incumplimiento de contrato, misrepresentación negligente u ocultación fraudulenta.

Varias de las autoridades encontradas abordan el deber de un corredor de bienes raíces de revelar información material a un cliente. Por ejemplo, en el caso *Lombardo v. Albu*, 199 Ariz. 97 (Ariz. 2000)[909], el tribunal discute el deber de un agente de bienes raíces de revelar información material a todas las partes en una transacción[910]. Análogamente, en el caso *Aharon v. Babu*, 22 C

[908] Por su parte Arenas García discute las consecuencias de la "información defectuosa", lo que podría implicar una representación fraudulenta. Cfr. Arenas García, R. (2007). La Regulación de la Responsabilidad Precontractual en el Reglamento Roma II. *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, VII, p. 328. Asimismo, en el tema de brindar información defectuosa por parte de un banco, que genera confusión, ver Barrientos Zamorano, M (2012). Culpa in Contrahendo en Mutuo Hipotecario. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, No. 3, pp. 838-840.

[909] Seguido por *Queiroz v. Harvey*, 205 P.3d 1120 (Ariz. 2009); *Helmke v. Serv. First Realty, LLC*, No. 1 CA-CV 14-0078 (Ariz. Ct. App. Feb. 26, 2015); *Lugo v. Qwest Corp*., No. CIV 13-1418-TUC-CKJ (D. Ariz. Feb. 14, 2014); *Fairview Development Corp. v. Aztex Custom Homebuilders*, No. CV-07-0337-PHX-SMM (D. Ariz. Mar. 2, 2009); *Shepherd v. Costco Wholesale Corp*., 482 P.3d 390 (Ariz. 2021); *Paradigm Ins. Co. v. the Langerman Law Offices*, 200 Ariz. 146 (Ariz. 2001); *Abromovitz Inv. Props., L.L.C. v. Red Eyed Jack Sports Bar, Inc*., No. 1 CA-CV 12-0869 (Ariz. Ct. App. Apr. 17, 2014); *Graven v. Sienicki*, No. 1 CA-CV 13-0253 (Ariz. Ct. App. Feb. 18, 2014); *Gilbert Tuscany Lender, LLC v. Wells Fargo Bank*, 307 P.3d 1025 (Ariz. Ct. App. 2013); *Stud v. Cains,* No. CV-15-01045-PHX-DJH (D. Ariz. Aug. 30, 2019); *Sandpiper Resorts Dev. Corp. v. Global Realty Invs., LLC,* 2:08-cv-01360 JWS (D. Ariz. Aug. 6, 2012); *QC Construction Products, LLC v. Cohill's Building Specialties, Inc*., 423 F. Supp. 2d 1008 (D. Ariz. 2006); *Wells Fargo Bank v. Arizona Laborers*, 201 Ariz. 474 (Ariz. 2002); *Slater v. Ariz. Bd. of Regents,* No. 1 CA-CV 19-0030 (Ariz. Ct. App. Jan. 23, 2020); *Ratliff v. Hardison*, 219 Ariz. 441 (Ariz. Ct. App. 2008); *Grubb Ellis Management v. 407417 B.C*, 213 Ariz. 83 (Ariz. Ct. App. 2007); entre otros.

[910] Los Lombardo presentaron una demanda contra Elaine Albu, una agente de bienes raíces, alegando que no les informó que el comprador de su propiedad no pudo cumplir debido a dificultades financieras. En un principio, tanto el tribunal de primera instancia como el tribunal de apelaciones fallaron a favor de Albu, sosteniendo que no tenía ningún deber legal con el vendedor.

04502 (N.D. Ill. Feb. 24, 2023)[911], el tribunal discute el deber de un corredor de bienes raíces de revelar los defectos latentes. Ambos casos sugieren que el hecho de que un corredor no revele información sustancial puede resultar en responsabilidad.

El caso *Fayne v. Vincent*, 301 S.W.3d 162 (Tenn. 2009)[912] discute el deber de un vendedor de revelar hechos materiales a un comprador y las consecuencias de no hacerlo. El tribunal en ese caso determinó que el vendedor violó la Ley de Protección al Consumidor de Tennessee al no revelar problemas con el sistema séptico[913].

Sin embargo, los Lombardo argumentaron que una regulación del Departamento de Bienes Raíces establecía un estándar de cuidado por negligencia, o en su defecto, formaba la base para una causa de acción privada. Finalmente, el tribunal revocó la sentencia del tribunal de primera instancia y anuló la opinión del tribunal de apelaciones, concluyendo que el agente del comprador tenía un deber legal con el vendedor.

[911] El caso *Aharon v. Babu*, resuelto en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en Illinois en febrero de 2023, involucró a los demandantes Refael Aharon y otros, quienes alegaron problemas en su casa de alquiler, como radón y moho no revelados. Los acusados presentaron mociones de desestimación, algunas de las cuales fueron concedidas en parte. El tribunal desestimó algunos cargos, pero permitió que otros continuaran, incluida la demanda basada en la Ley de Fraudes y Prácticas Comerciales Injustas de Illinois (ICFA). El caso se centró en el conocimiento de los demandados sobre los problemas en la propiedad y las reclamaciones de incumplimiento de contrato y garantía de habitabilidad.

[912] Seguido por *Davis v. McGuigan*, 325 S.W.3d 149 (Tenn. 2010); *Hall v. Tabb*, No. W2020-00740-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Mar. 25, 2021); *Humphreys v. Bank of Am*., No. 11-2514-STA-tmp (W.D. Tenn. May 10, 2013); *Womac v. First Volunteer Bank*, Civil No. 1:10-CV-00052 (E.D. Tenn. Jan. 3, 2012); *Martin v. Rolling Hills Hosp*., LLC, 600 S.W.3d 322 (Tenn. 2020); *Powell v. Community Health Systems*, Inc., 312 S.W.3d 496 (Tenn. 2010); *Hastings v. Hastings*, No. W2020-01665-COA-R3-JV (Tenn. Ct. App. Nov. 9, 2023); *Clark v. Givens*, No. M2022-00341-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Nov. 2, 2023); *Willett v. Olymbec U.S*., No. W2022-00028-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. July 27, 2023); *FedTr. Fed. Credit Union v. Brooks*, No. W2022-01119-COA-R3-CV (Tenn. Crim. App. June 14, 2023); *Self v. Self*, No. E2021-01130-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Dec. 1, 2022); *Tenn. Dep't of Safety & Homeland Sec. v. Shell,* No. M2021-00108-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. May 4, 2022); *Jones v. Helms*, No. W2019-00864-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Nov. 19, 2020); *Knapp v. Boykins*, No. W2019-02154-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Aug. 18, 2020); *McCullough v. Rawls*, No. E2018-00016-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Jan. 30, 2019); *Jackson v. Burrell*, No. W2018-00057-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Jan. 16, 2019); *Hanson v. J.C. Hobbs Co.*, No. W2011-02523-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Nov. 21, 2012); *Signature Designs Grp., LLC v. Ramko*, No. M2011-01086-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. June 29, 2012); *Roberts v. Bridges*, No. M2010-01356-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. May 17, 2011); *Poole v. Union Planters Bank, N.A*., 337 S.W.3d 771 (Tenn. Ct. App. 2010); *EPAC Techs. v. HarperCollins Christian Publ'g, Inc.,* No. 19-5836 (6th Cir. Apr. 15, 2020); *Am. Props. Co. v. The Welfont Grp.*, 2:22-cv-02329-SHL-tmp (W.D. Tenn. Sep. 19, 2023); *Alsbrook v. Concorde Career Colls., Inc*., 469 F. Supp. 3d 805 (W.D. Tenn. 2020); *Hinman v. Valleycrest Landscape Dev., Inc.,* No. 3:19-cv-00551 (M.D. Tenn. Jan. 28, 2020); *Harris v. Nationwide Mut. Fire Ins. Co.,* 367 F. Supp. 3d 768 (M.D. Tenn. 2019); Wo*zniak v. Ford Motor Co.,* No. 2:17-cv-12794 (E.D. Mich. Jan. 4, 2019); *Layne v. Ocwen Loan Servicing, LLC*, No. 4:17-CV-4 (E.D. Tenn. Mar. 28, 2018); *Sony/ATV Music Publ'g LLC v. 1729172 Ont., Inc*., Civil No. 3:14-cv-1929 (M.D. Tenn. Aug. 11, 2016); *Bridgestone Am.'s, Inc. v. Int'l Bus. Machs. Corp*., 172 F. Supp. 3d 1007 (M.D. Tenn. 2016); *Guevara v. Umh Props., Inc.,* No. 2:11-cv-2339-SHL-tmp (W.D. Tenn. Oct. 29, 2014); *Sipes v. Madison Cnty*., No. 12-1130 (W.D. Tenn. May 16, 2014); *Amour v. Bank of Am., N.A*., 1:13-CV-144 (E.D. Tenn. Dec. 10, 2013); *Tannenbaum v. Fed. Ins. Co*., No. 3:11-cv-01077 (M.D. Tenn. June 24, 2013); *LeBlanc v. Bank of Am., N.A*., 2:13-cv-02001-JPM-tmp (W.D. Tenn. June 18, 2013); *Arch Wood Protection, Inc. v. Flamedxx, LLC*, 932 F. Supp. 2d 858 (E.D. Tenn. 2013); *Wardlow v. State Farm Fire & Cas. Co*., No. 11-2127-STA (W.D. Tenn. Mar. 26, 2012); Renasant Bank v. Ericson, No. 3:10-cv-0302 (M.D. Tenn. Feb. 27, 2012); entre otros.

[913] El caso *Fayne v. Vincent*, decidido por la Corte Suprema de Tennessee en 2009, se centra en la venta de una casa por parte de los Vincent a los Faynes. Los Vincent, que están en el negocio de desarrollo y venta de propiedades residenciales, no revelaron problemas con el sistema séptico antes de la venta. Los Faynes presentaron una demanda alegando misrepresentación negligente, fraude y violaciones de la Ley de Protección al Consumidor de Tennessee (TCPA). El tribunal de primera instancia determinó que los Vincent violaron la declaración de divulgación, pero no actuaron de manera fraudulenta. Ordenaron la recompra de la propiedad, pero no otorgaron daños punitivos ni honorarios de abogados. Los Faynes apelaron, y el tribunal ordenó daños y honorarios de abogados. Los Vincent apelaron nuevamente, argumentando que la TCPA no se aplicaba porque vendían su residencia personal. Sin embargo, la Corte Suprema de Tennessee confirmó la decisión, señalando que la TCPA se aplicaba porque estaban actuando en calidad de negocios y que la falta de revelación se consideraba engañosa.

El caso de *Nichols v. Minnick*, 885 N.E.2d 1 (Ind. 2008)[914] es particularmente relevante, ya que aborda las consecuencias para un corredor de bienes raíces que no revela información material a un cliente. En ese caso, el tribunal sostuvo que un corredor que incumple su deber fiduciario de revelar información sustancial pierde su derecho a recibir una comisión por sus servicios[915].

Por último, el caso *Lafarge v. Discovery Grp*., 574 F.3d 973 (8th Cir. 2009)[916] analiza los deberes de los corredores y agentes de bienes raíces de revelar los defectos materiales en la propiedad y la posible responsabilidad por no hacerlo[917].

---

[914] Seguido por *Magnesita Refractories Co. v. Mishra*, No. 2:16-cv-524-PPS-JEM (N.D. Ind. Dec. 7, 2018); *In the Matter of GS Consulting Services, Inc.*, No. 05-33646 HCD (Bankr. N.D. Ind. Mar. 17, 2009); *Patchett v. Lee*, 60 N.E.3d 1025 (Ind. 2016); *Bonnell v. Cotner*, 50 N.E.3d 361 (Ind. 2016); *Woodruff v. Indiana Family & Soc. Servs. Admin.*, 964 N.E.2d 784 (Ind. 2012); *State ex rel. Indiana State Bar Ass'n v. United Financial Systems Corp*., 926 N.E.2d 8 (Ind. 2010); *Roberts v. Community Hospitals of Indiana, Inc*., 897 N.E.2d 458 (Ind. 2008); *Nordin v. Town of Syracuse*, 192 N.E.3d 205 (Ind. App. 2022); *Ind. Univ. v. Thomas*, 167 N.E.3d 724 (Ind. App. 2021); *Nadeem v. Abubakar,* Court of Appeals No. 18A-DR-524 (Ind. App. Apr. 1, 2019); *Schafer v. Borchert*, 55 N.E.3d 914 (Ind. App. 2016); *Estate of Bartruff v. Hain*, 20 N.E.3d 927 (Ind. App. 2014); *Robertson ex rel. Ind. Patient's Comp. Fund v. Clark*, 995 N.E.2d 18 (Ind. App. 2013); *Farmers Mutual Insurance Co. of Grant & Blackford Counties v. M Jewell, LLC*, 992 N.E.2d 751 (Ind. App. 2013); *Scholz v. Kirk*, 990 N.E.2d 527 (Ind. App. 2013); *Demming v. Underwood,* 943 N.E.2d 878 (Ind. Ct. App. 2011); *Gertz v. Estes*, 922 N.E.2d 135 (Ind. Ct. App. 2010); entre otros.

[915] Nichols, propietario de Bedford Hideaway Lounge, Inc. (BHL), contrató al corredor de bienes raíces Minnick para vender BHL debido a problemas de salud. A pesar de que Nichols inicialmente quería vender BHL por $300,000, Minnick sugirió un precio más bajo y acordaron venderlo por $245,000. Minnick solo mostró la propiedad a un comprador potencial, Blickensdorf, quien ofreció $225,000. Nichols aceptó la oferta siguiendo el consejo de Minnick. El acuerdo entre Nichols y Blickensdorf involucraba un pago inicial y un pagaré a plazos. Sin embargo, Blickensdorf tuvo problemas, y Minnick le prestó dinero sin que Nichols lo supiera. Nichols demandó a Minnick por violar su deber fiduciario, y el tribunal de primera instancia falló a favor de Nichols. El Tribunal de Apelaciones confirmó la decisión, discutiendo los estándares legales aplicables, el incumplimiento del deber fiduciario de Minnick y las opciones disponibles para Nichols.

[916] Seguido por *Chavis Van & Storage of Myrtle Beach, Inc. v. United Van Lines, LLC*, 784 F.3d 1183 (8th Cir. 2015); *Douglas Grp. v. TF Publ'g, Inc*., No. 4:15 CV 1367 RWS (E.D. Mo. Jan. 4, 2017); *Nostrum Labs., Inc. v. Balboa Capital Corp.*, No. 16-01040-CV-W-ODS (W.D. Mo. June 1, 2018); *Hogan Logistics, Inc. v. Davis Transfer Co.*, No. 4:16-CV-1541 CAS (E.D. Mo. Jan. 9, 2018); *Sosne v. Fed. Deposit Ins. Corp.,* No. 4:14 CV 1491 RWS (E.D. Mo. Feb. 29, 2016); *T.J. Ahrens Excavating, Inc. v. AMEC Constr. Mgmt. Inc*., No. 4:10-CV-1313 SNLJ (E.D. Mo. Jan. 31, 2012); *Hillcrest Bank, N.A. v. Cordsen,* No. 10-00967-CV-W-DGK (W.D. Mo. June 1, 2011); *Lund-Ross Constructors, Inc. v. Buchanan (In re Buchanan),* 31 F.4th 1091 (8th Cir. 2022); *BNSF Ry. Co. v. Seats, Inc*., 900 F.3d 545 (8th Cir. 2018); *City of Kennett v. Envtl. Prot. Agency*, 887 F.3d 424 (8th Cir. 2018); *Loftness Specialized Farm Equip., Inc. v. Twiestmeyer,* 742 F.3d 845 (8th Cir. 2014); *Olivier Family Interests, Ltd. v. Wright*, 527 F. App'x 596 (8th Cir. 2013); *Shaw Hofstra & Assocs. v. Ladco Dev., Inc*., 673 F.3d 819 (8th Cir. 2012); *Frevert v. Ford Motor Co*., 614 F.3d 466 (8th Cir. 2010); *Lockton Cos. v. Giblin*, 22-cv-00791-SRB (W.D. Mo. Mar. 31, 2023); *SBFO Operator No. 3 v. Onex Corp*, 4:19-CV-03271-JAR (E.D. Mo. Mar. 24, 2023); *W. Silver Recycling, Inc. v. Nidec Motor Corp.,* 601 F. Supp. 3d 448 (E.D. Mo. 2022); *Jackson v. NuVasive, Inc*., Civil Action 21-53-RGA (D. Del. Feb. 11, 2022); *Enslein v. Di Mase*, No. 16-09020-CV-W-ODS (W.D. Mo. Sep. 11, 2019); *Docutap, Inc. v. Urgent Care of Mountain View, PLLC*, 4:17-CV-04148-KES (D.S.D. Aug. 2, 2019); *Farm Journal, Inc. v. Johnson*, No. 4:19-cv-00095-SRB (W.D. Mo. Apr. 24, 2019); *Design Nine, Inc. v. Arch Rail Grp., LLC*, No. 4:18 CV 428 CDP (E.D. Mo. Mar. 25, 2019); *Owens Corning Sales, LLC v. Area Impianti S. P.A.,* No. 6:18-cv-03038-MDH (W.D. Mo. Dec. 13, 2018); *Spectrum Brands, Inc. v. Compton's, LLC*, No. 2:16CV30 HEA (E.D. Mo. Aug. 21, 2018); *Pratt v. Air Evac Lifeteam* , 329 F. Supp. 3d 722 (W.D. Mo. 2018); *Cystic Fibrosis Pharmacy, Inc. v. Express Scripts, Inc*., No. 4:16-CV-1167 HEA (E.D. Mo. Jan. 22, 2018); *HHCS Pharmacy, Inc. v. Express Scripts, Inc.*, No. 4:16-CV-1169 RLW (E.D. Mo. Dec. 15, 2017); *Custom Hardware Eng'g & Consulting, Inc. v. Dowell*, 918 F. Supp. 2d 916 (E.D. Mo. 2013); *Edmonds Group, L.L.C. v. Platinum Protection, L.L.C*., No. 4:10CV2317 HEA (E.D. Mo. Aug. 8, 2011); *Fidelity Insurance Company v. Express Scripts, Inc*., No. 4:03CV1521 HEA (E.D. Mo. July 7, 2011); *Akers v. RSC Equipment Rental, Inc*., No. 4:09CV2022 HEA (E.D. Mo. July 12, 2010); *In re Peabody Energy Corp*., No. 16-42529-399 (Bankr. E.D. Mo. Oct. 12, 2017); entre otros.

[917] Lafarge contrató a Discovery Group para ayudar con la reubicación de su sede en Missouri. Firmaron un Acuerdo de Representación Exclusiva (ERA) que estipulaba que Discovery Group ayudaría en la selección del sitio. Lafarge argumenta que Discovery Group debía investigar y divulgar incentivos económicos y tasas impositivas, pero Discovery Group afirmaba que la subasta electrónica inversa no hacía referencia a estos aspectos. El tribunal de distrito falló a favor de Discovery Group, pero el Tribunal de Apelaciones revocó la decisión, considerando que la ERA era ambigua y que "objetivos" incluía beneficios e

C). Caso de la Obligación del Banco de Informar al Futuro Prestamista (Sentencia XI ZR 205/05)

a). Antecedentes del Caso

Esta sentencia fue dictada el 17 de octubre de 2006 y el veredicto versa sobre la obligación del banco de informar al cliente que solicita crédito no sólo de una inmoralidad conocida del acuerdo de precio de compra, sino también de una tergiversación fraudulenta reconocida del vendedor de acuerdo con § 123 BGB[918] sobre las propiedades esenciales del artículo comprado y/o de una *culpa intencional en contrahendo* suele asociarse con esto sin que se le pregunte.

Este caso viene del Tribunal Regional Superior de Colonia del 29 de junio de 2005. Los hechos relatados a continuación los veremos en detalle.

Los demandantes reclaman daños y perjuicios al banco demandado por omitir proporcionar información en relación con la adquisición de un condominio defectuoso. En otoño de 1993, los demandantes, An y su esposa, decidieron comprar un condominio a través de la mediación de H, quien les entregó un prospecto. Después de considerarlo, decidieron comprar el apartamento en el complejo de condominios G. Cerraron un contrato de compra por el precio de 256.650 marcos alemanes y ordenaron una carga de tierra.

El 22 de diciembre de 1993, los demandantes firmaron un contrato de financiamiento en la sucursal del demandado para cubrir el precio de compra del condominio. El contrato no incluía instrucciones de cancelación según la Ley de cancelación a domicilio. El gerente de la sucursal del demandado tomó la hoja de valoración y el folleto del intermediario que indicaba el tamaño del apartamento y su precio. El pago se realizó a través de una cuenta de depósito en garantía en manos del demandado. Tras una nueva valoración realizada en 1995, los demandantes se unieron a otros compradores perjudicados en una comunidad de intereses. En febrero de 1996, la junta directiva del demandado informó sobre su incumplimiento del deber y la justificación de la responsabilidad por daños y perjuicios. Después de la expiración del contrato de préstamo a tasa fija de cinco años

inconvenientes económicos. También revocaron la concesión de un juicio sumario sobre reclamos de Lafarge por incumplimiento de contrato y *misrepresentation*. El caso aborda las obligaciones legales de un corredor de bienes raíces en Missouri, elementos de un reclamo por negligencia y rescisión de contratos debido a misrepresentaciones.

[918] El numeral 123 del BGB estipula que (1) Una persona que ha sido inducida a hacer una declaración de intenciones mediante engaño o coacción ilegal puede evitar la declaración.
(2) Cuando un tercero cometió este engaño, una declaración que debía hacerse a otra persona sólo puede evitarse si esta última conocía el engaño o debería haberlo conocido. Si una persona distinta de aquella a quien se ha de hacer la declaración adquirió un derecho como consecuencia directa de la declaración, la declaración hecha a esa persona puede evitarse si conocía o debería haber conocido el engaño.

acordado, se acordó una nueva tasa de interés para el préstamo a fines de 1998. La demandante alega nuevamente culpa in contrahendo.

En la carta del 29 de abril de 2002, los demandantes retiraron sus declaraciones de contrato de préstamo según la Ley de Cancelación Domiciliaria y justificaron una responsabilidad por daños y perjuicios. Los demandados afirmaron que su gerente de sucursal y el oficial de préstamo sabían que los demandantes habían sido engañados por el mediador y habían comprado una propiedad de menor valor y en peor estado que la indicada en el folleto del intermediario. Los demandantes reclamaron la diferencia entre los ingresos por alquiler, los pagos mensuales del préstamo, los gastos accesorios y las reparaciones, junto con los beneficios fiscales obtenidos, por un total de 53.302€. Reclamaron una cantidad parcial de 39.819,69€ más intereses, así como la exención de la deuda del préstamo y la propiedad del condominio. El Tribunal de Distrito desestimó la demanda y la apelación del demandante no tuvo éxito. Continúan su denuncia en su apelación.

El Tribunal Federal en el párrafo 14 de la sentencia estudiada expuso:

> Ella pasa por alto el hecho de que el banco le está dando a su cliente que busca préstamos no sólo una inmoralidad reconocida de los acuerdos de precio de compra, sino también una tergiversación fraudulenta reconocida del vendedor o intermediario sobre las propiedades esenciales del artículo comprado y/o debe similar una culpa intencional en contrahendo que a menudo se asocia con esto sin que se le pregunte. (Sentencia XI ZR 205/05, Tribunal Federal de Justicia de Alemania. (2008).)

Es decir, el Tribunal valoró el hecho de que los demandados tenían información sobre las condiciones del inmueble y no la divulgaron al demandante (comprador), sobrevalorando la propiedad de manera tendenciosa, toda vez que el comprador ya había impugnado el contrato con el vendedor por dolo en la contratación. Finalmente, el Tribunal en su párrafo 24 expone que la buena fe precontractual fue violada por el agente (demandado) al amparo del numeral § 242 del BGB, que dice: “El deudor está obligado a cumplir la prestación requerida por la buena fe con respecto a la práctica habitual.”[919]

[919] BGB § 242.

De esta manera, el Tribunal une el principio de la buena fe con la obligación de divulgar la información fidedigna en la etapa precontractual, encontrando culpa grave o dolo en el ocultamiento de información al demandante, o sea encontró culpa in contrahendo en el demandado, por lo cual reenvía el caso al Tribunal de Apelación para revisar la sentencia conforme a sus considerandos.

Este caso se hubiera resuelto en el *common law* a través del principio del *misrepresentation* (tergiversación), que es -como lo vimos en detenimiento en el capítulo III- una figura diferente a la del PE. Es más, el mismo Tribunal en su sentencia utiliza el razonamiento que la conducta del demandado corredor y de los vendedores fue una tergiversación fraudulenta.

Por otra parte, vemos que el tema que nos convoca, cual es el deber de brindar información en la etapa precontractual, al amparo del numeral 311 del BGB, imbuido del principio de buena fe a la luz del numeral 242 del BGB, ha sido receptado por la jurisprudencia alemana dentro de la doctrina de la culpa in contrahendo.

b). Análisis del Caso

En este caso presentado ante el Tribunal Federal de Alemania, se destaca la importancia del deber de informar en la etapa precontractual[920], un principio central tanto en la doctrina de Culpa In Contrahendo (CIC) como en la del misrepresentation. Vamos a analizar el caso bajo ambos conceptos, destacando las similitudes y cómo ambos podrían haber llevado a resultados similares.

a. Análisis bajo la Doctrina de Misrepresentation

1. Aseveración Fáctica Falsa: La información errónea o tergiversada proporcionada por el banco respecto a las condiciones del inmueble constituye una aseveración fáctica falsa. En el capítulo II vimos que múltiples leyes del common law americano imponen a los bancos la obligación de informar a futuro prestamista, como por ejemplo las leyes de RESPA, TILA, etc.[921]

[920] Este deber de informar durante las negociaciones contractuales ha sido puesto en relieve por Arenas García. Ver Arenas García, R. (2007). La Regulación de la Responsabilidad Precontractual en el Reglamento Roma II. *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, VII, pp. 325-326.

[921] Consumer Credit Protection Act of 1968, CCPA (Estados Unidos); Consumer Data Protection Act of 2023 (Estados Unidos); Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act of Illinois of 1961 (Illinois); Consumer Product Safety Act of 1972, CPSA (Estados Unidos); Consumer Protection Act of 2010 (Estados Unidos); Consumer Protection Act of Tennessee of 1977 (Tennessee); Equal Credit Opportunity Act (ECOA), 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974) (Estados Unidos); Fair Credit Reporting Act of 1970, FCRA (Estados Unidos); Fair Debt Collection Practices Act of 1977, FDCPA (Estados Unidos); Federal Odometer Act of 1972 (Estados Unidos); Federal Trade Commission Act, FTC Act of 1914 (Estados Unidos); Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938

2. Naturaleza Fraudulenta: El hecho de que el banco estuviera consciente de las condiciones reales del inmueble y aun así presentara una valoración inflada implica una posible conducta fraudulenta.

3. Confianza del Receptor: Los demandantes (compradores) confiaron en la información proporcionada por el banco al decidir adquirir el condominio.

4. Justificación de la Confianza: Dada la posición del banco como una entidad financiera y proveedora del préstamo, la confianza de los compradores estaba justificada y se esperaba una representación honesta del valor y estado del inmueble.

b. Análisis bajo la Doctrina de Culpa In Contrahendo (CIC)

1. Deber de Cuidado y de Informar: El banco, al tener información sobre el estado real del inmueble y no revelarla, incumplió su deber de cuidado y de informar a los compradores potenciales, un elemento clave en la CIC.

2. Engaño o Dolo en la Contratación: La ocultación de información relevante y la sobrevaloración del inmueble pueden interpretarse como un acto de engaño o dolo, lo cual es consistente con una culpa intencional en contrahendo.

3. Buena Fe Precontractual[922]: Según el numeral § 242 del BGB, la buena fe precontractual fue violada al no divulgar información esencial durante la etapa precontractual, lo que llevó al Tribunal a encontrar culpa in contrahendo.

c. Conclusión

Tanto bajo la doctrina de misrepresentation como bajo la CIC, se destaca la responsabilidad del banco por no proporcionar información precisa y transparente durante la etapa precontractual. En ambos casos, la omisión de información clave y la presentación engañosa de las condiciones del inmueble constituyen una violación de los deberes legales, que resulta en la responsabilidad

(Estados Unidos); Home Ownership and Equity Protection Act HOEPA of 1994 (Estados Unidos); Interstate Land Sales Full Disclosure Act of 1968 (Estados Unidos); Magnuson-Moss Warranty Act of 1975 (Estados Unidos); Patient Protection and Affordable Care Act of 2010, ACA (Estados Unidos); Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.); Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.); Uniform Voidable Transactions Act of 1984 (Estados Unidos); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of New York (Nueva York, 1970); Unfair and Deceptive Trade Practices Act of North Carolina 1973 (Carolina del Norte); Uniform Voidable Transactions Act (2014, UVTA) (Estados Unidos).

[922] Barrientos Zamora menciona que en el common law, el tribunal interpretará los hechos de manera objetiva. Esto protege a la parte que razonablemente cree en lo que la otra parte ha dicho o hecho, lo cual está en línea con el principio de buena fe. (Barrientos Zamorano, M (2012). Culpa in Contrahendo en Mutuo Hipotecario. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, No. 3, p. 834.

por daños y perjuicios. El Tribunal Federal de Alemania, al resaltar la importancia de la buena fe y la obligación de informar, refleja cómo la violación de estos principios fundamentales puede llevar a una responsabilidad significativa en el ámbito legal.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

En general, las autoridades están de acuerdo en los elementos de una alegación de misrepresentation[923]. Como podemos percibir en este caso, el Tribunal Supremo Federal de Alemania enfatizó el deber del banco de revelar las declaraciones falsas fraudulentas de vendedores o corredores con respecto a la información esencial de la propiedad. Este deber surge de la obligación del banco de actuar de buena fe durante la etapa precontractual.

Las autoridades de otras jurisdicciones, brindan algunas orientaciones concomitantes con este principio. Por ejemplo, el caso *Pimental v. Wachovia Mortg. Corp*., 411 F. Supp. 2d 32 (D. Mass. 2006)[924] discute el deber del banco de revelar las declaraciones falsas fraudulentas, así como el deber de buena fe del banco[925].

[923] Las autoridades sugieren que para establecer una demanda por misrepresentation, el demandante generalmente debe probar: (1) una representación, (2) su falsedad, (3) su materialidad, (4) el conocimiento del hablante de su falsedad o ignorancia de su verdad, (5) la intención del hablante de que se actúe sobre la representación, (6) la ignorancia del oyente de su falsedad, (7) la confianza del oyente en la representación, y (8) la consiguiente lesión del oyente.

[924] Seguido por *Fernandes v. Havkin*, 731 F. Supp. 2d 103 (D. Mass. 2010); *Alpine Bank v. Hubbell*, 506 F. Supp. 2d 388 (D. Colo. 2007); *Bessette v. IKO Indus*., 30 F.4th 75 (1st Cir. 2022); *Famm Steel, Inc. v. Sovereign Bank*, 571 F.3d 93 (1st Cir. 2009); Bessette v. IKO Indus., CIVIL ACTION No. 4:19-cv-40017-TSH (D. Mass. Aug. 18, 2020); Mack v. Cultural Care Inc., Civil Action No. 1:19-cv-11530-ADB (D. Mass. Aug. 12, 2020); *Focused Impressions, Inc. v. Sourcing Grp.*, Civil Action No. 19-cv-11307-ADB (D. Mass. Mar. 13, 2020); *Bek v. Wells Fargo Home Mortg*., CIVIL ACTION No. 18-11096-DHH (D. Mass. Sep. 7, 2018); *Saunwin Int'l Equities Fund LLC v. Donville Kent Asset Mgmt. Inc*., Civil Action No. 17-11585-FDS (D. Mass. July 20, 2018); *Fafard Bus. Tr. v. Travelers Cas. & Sur. Co. of Am*., CIVIL ACTION No. 16-cv-40070-TSH (D. Mass. Mar. 30, 2018); *Bridge Over Troubled Waters, Inc. v. Argo Tea, Inc.,* 220 F. Supp. 3d 213 (D. Mass. 2016); *Town of Lexington v. Pharmacia Corp.,* 133 F. Supp. 3d 258 (D. Mass. 2015); *Bou-Nassif v. Bank of Am., N.A*., 99 F. Supp. 3d 220 (D. Mass. 2015); *Murphy v. Nat'l Grange Mut. Ins. Co.*, Civil No. 13-11363-FDS (D. Mass. Oct. 16, 2014); *Jones v. FMA Alliance Ltd.,* 978 F. Supp. 2d 84 (D. Mass. 2013); *Jones v. FMA Alliance Ltd.,* 978 F. Supp. 2d 84 (D. Mass. 2013); *Lechoslaw v. Bank of America, N.A*., 575 F. Supp. 2d 286 (D. Mass. 2008); *Backman v. Smirnov,* 751 F. Supp. 2d 304 (D. Mass. 2010); *Cytologix Corporation v. Ventana Medical Systems, Inc.,* Civil Action No. 00-12231-RWZ, No. 01-10178-RWZ (D. Mass. July 20, 2006); *Goldsmith v. Marsh U.S., Inc. (In re Glasshouse Techns., Inc.),* 604 B.R. 600 (Bankr. D. Mass. 2019); *In re Aaron v. Wash*., 455 B.R. 344 (Bankr. D. Mass. 2011); *In re Aaron v. Wash*., 455 B.R. 344 (Bankr. D. Mass. 2011); *Purdy v. East Cambridge Sav. Bank*, MICV201102395F (Mass. Super. Mar. 25, 2012).

[925] Pimental presentó una demanda enmendada contra Wachovia en el Tribunal Superior de Massachusetts, alegando incumplimiento de contrato, negligencia y violación de las Leyes Generales de Massachusetts, Capítulo 93A, Sección 2(A). Pimental solicitó daños y perjuicios, costos, intereses y honorarios de abogados, así como daños dobles o triples por la supuesta mala fe y violación intencional del Capítulo 93A por parte de Wachovia. Sin embargo, Wachovia alegó que no tenía la obligación de garantizar que el contratista completara la obra a satisfacción de Pimental, ya que la disposición relativa a la inspección del préstamo para la construcción era únicamente en su propio beneficio. El tribunal finalmente desestimó los tres cargos contra Wachovia, encontrando que la compañía no incumplió su contrato con Pimental, no fue negligente y no incurrió en prácticas desleales o engañosas.

El caso de *Cnty. of Monroe v. Purdue Pharma L.P. (In re Nat'l Prescription Opiate Litig.)*[926], 458 F. Supp. 3d 665 (N.D. Ohio 2020)[927] analiza los requisitos de alegación para las reclamaciones por fraude, que podrían ser análogos al enfoque de nuestro caso. Por otra parte, el caso *Lucky v. THT Realty*, 278 Neb. 997 (Neb. 2009)[928] discute los elementos de la misrepresentación negligente y fraudulenta, así como la importancia de la confianza justificable[929].

[926] Seguido por *Cnty. of Monroe v. Purdue Pharma L.P. (In re Nat'l Prescription Opiate Litig.),* 458 F. Supp. 3d 665 (N.D. Ohio 2020; *Cnty. of Lake v. Purdue Pharma (In re Nat'l Prescription Opiate Litig.),* MDL 2804 (N.D. Ohio Mar. 7, 2022); *Cnty. of Lake v. Purdue Pharma, L.P. (In re Nat'l Prescription Opiate Litig*.), 589 F. Supp. 3d 790 (N.D. Ohio 2022); *Golden Star Wholesale, Inc. v. ZB Importing, Inc.,* 531 F. Supp. 3d 1231 (E.D. Mich. 2021); *City of Charleston v. Joint Comm'n,* 473 F. Supp. 3d 596 (S.D.W. Va. 2020).

[927] El caso involucró tres mociones separadas para desestimar la demanda presentada por los Distribuidores, Farmacias y Fabricantes. El condado de Monroe alegó que los acusados fabricaban, vendían y comercializaban opioides recetados, alimentando la crisis de opioides a través de una campaña de marketing basada en información falsa. Además, los acusados presuntamente no mantuvieron controles efectivos sobre la distribución de opioides, buscaron activamente evadir los controles y vendieron y distribuyeron opioides en cantidades que excedían las necesidades médicas legítimas. El Condado de Monroe presentó reclamos por violación de RICO, la Ley de Protección al Consumidor de Michigan (MCPA), alteración del orden público, negligencia, enriquecimiento injusto, fraude y ocultamiento fraudulento, y conspiración civil. El Tribunal se pronunció sobre varios argumentos presentados por los demandados, entre ellos que Monroe carecía de legitimación, que las reclamaciones estaban precedidas por la ley federal o prohibidas por la Ley de Responsabilidad por Productos de Michigan (MPLA), y que se aplicaba la doctrina de los servicios públicos gratuitos, el estatuto de limitaciones y el requisito de una declaración jurada de mérito. El Tribunal rechazó todos estos argumentos. Sin embargo, el Tribunal concedió las mociones de desestimación con respecto a la MCPA y las reclamaciones por negligencia, así como la moción de desestimación de los fabricantes con respecto a las reclamaciones por enriquecimiento injusto, fraude y ocultación fraudulenta, y conspiración civil. Por lo demás, el Tribunal rechazó las mociones de desestimación, incluso con respecto a las reclamaciones de RICO y de alteración del orden público.

[928] Seguido por *B. Thomas & Co. v. Universal Warranty Corp*., 8:18-CV-112 (D. Neb. Feb. 21, 2020); *Senior Hous. Managers, LLC v. Highway 2 Dev.,* LLC, 552 F. Supp. 3d 866 (D. Neb. 2021); *Dietzel Enters. v. J. A. Wever Constr.,* 312 Neb. 426 (Neb. 2022); *deNourie & Yost Homes, LLC v. Frost,* 854 N.W.2d 298 (Neb. 2014); *Denourie & Yost Homes, LLC v. Frost,* 289 Neb. 136 (Neb. 2014); *Schechinger v. Swain Constr., Inc.,* No. A-19-689 (Neb. Ct. App. Aug. 11, 2020); *Bott v. Holman*, 850 N.W.2d 800 (Neb. Ct. App. 2014); *B. Thomas & Co. v. Universal Warranty Corp.*, 3 F.4th 1032 (8th Cir. 2021); *Farm Credit Services of America v. Haun*, 734 F.3d 800 (8th Cir. 2013); *Custom Hair Designs by Sandy, LLC v. Cent. Payment Co.,* 8:17CV310 (D. Neb. Feb. 11, 2020); Senior Hous. Managers, LLC v. Highway 2 Dev., LLC, 4:18-CV-3167 (D. Neb. Sep. 25, 2019); *COR Clearing, LLC v. Calissio Res. Grp., Inc*., 8:15CV317 (D. Neb. Nov. 6, 2017); *Hilgert v. Vanderford*, 8:17CV115 (D. Neb. June 12, 2017); *Superior Servs., Inc. v. Universal Warranty Corp*., 8:15CV396 (D. Neb. May 20, 2016); *Qa3 Fin. Corp. v. Fin. Network Inv. Corp.,* 8:12CV5 (D. Neb. June 23, 2014); *Hossack v. CSG Sys., Inc.,* 8:13CV3178 (D. Neb. May 6, 2014); *Farm Credit Servs. of America, PC v. Haun*, No. 8:11CV320 (D. Neb. Aug. 3, 2012); *Farm Credit Servs. of America, PCA v. Haun*, No. 8:11CV320 (D. Neb. Apr. 27, 2012); *BLB AVIATION SOUTH CAROLINA v. JET LINX AVIATION CORP*, 8:10CV42 (D. Neb. June 28, 2011); *Callahan v. Brant*, 314 Neb. 219 (Neb. 2023); *Nathan v. McDermott,* 306 Neb. 216 (Neb. 2020); *Burklund v. Fuehrer,* 299 Neb. 949 (Neb. 2018); *Bryan M. v. Anne B*., 292 Neb. 725 (Neb. 2016); *Griffith v. Drew's LLC*, 860 N.W.2d 749 (Neb. 2015); Za*waideh v. Neb. Dep't of Health & Human Servs. Regulation & Licensure,* 285 Neb. 48 (Neb. 2013); *Intercall, Inc. v. Egenera, Inc.,* 284 Neb. 801 (Neb. 2012); *Nelson v. Wardyn,* 19 Neb. App. 864 (Neb. Ct. App. 2012); entre otros.

[929] Lucky 7, L.L.C. compró una propiedad comercial a THT Realty, L.L.C. y luego acusó a THT de misrepresentation intencional y negligente sobre la condición del techo. El tribunal de distrito desestimó ambas demandas, argumentando que no había pruebas suficientes para demostrar la misrepresentation intencional por parte de THT y que Lucky 7 no había realizado una inspección adecuada de la propiedad. Lucky 7 apeló, argumentando que el tribunal cometió errores al aplicar el estándar de "prudencia ordinaria" y al determinar que no se realizó una inspección del techo. La Corte Suprema de Nebraska confirmó la decisión del tribunal de distrito, destacando la importancia de la "prudencia ordinaria" como factor en las reclamaciones de misrepresentación fraudulenta y negligente, y discutió los elementos clave de dichas reclamaciones, así como la necesidad de confianza justificable en estos casos.

Finalmente, El caso de *Agri Affiliates, Inc. v. Bones*, 265 Neb. 798 (Neb. 2003)[930] analiza el concepto de representación fraudulenta y el deber de buena fe[931].

D). Caso del Abogado Sobre Un Conflicto de Intereses. Sentencia IX ZR 5/06

a). Antecedentes del Caso

La sentencia del 8° Senado Civil del Tribunal Regional Superior de Koblenz, dictada el 16 de diciembre de 2005, que denegó la demanda del actor, es revocada en apelación por el Tribunal por violación del numeral 311.2 del BGB[932] (culpa in contrahendo). El asunto se remite nuevamente a la Segunda Cámara Civil de la Corte de Apelaciones para una nueva audiencia y decisión, incluyendo las costas del procedimiento de apelación.

En 2002, la demandante contrató a los abogados de la demandada para representar sus intereses frente al banco. El abogado demandado, el Dr. F., exigió y recibió una tarifa de 500 € netos por hora. En marzo de 2003, surgió la necesidad de obtener una orden judicial temporal y el demandado redactó un borrador, pero luego declaró que no podía actuar en nombre de la demandante ante el tribunal. En una carta del 4 de abril de 2003, el demandado lamenta la situación y explica que el Dr. T., quien representa al banco en procesos ante el Tribunal Regional Superior, recibió la solicitud del departamento legal del banco para no representar al demandante. El demandado menciona la necesidad de establecer una posición uniforme en el bufete de abogados sobre este asunto y expresa la dificultad de alejar a la fuente de ventas más fuerte, el banco, aunque a largo plazo sea inevitable debido a su misión con empresas medianas.

---

[930] Seguido por *Nebraska Plastics, Inc. v. Holland Colors Americas, Inc*., 4:01CV603 (D. Neb. Nov. 12, 2003); *Hill v. Kenexa Technology, Inc.,* No. 8:05CV566 (D. Neb. Feb. 14, 2007); *Ryan v. Ryan*, 889 F.3d 499 (8th Cir. 2018); *EJM Farms, Inc. v. Jessen*, 8:16-CV-255 (D. Neb. June 11, 2018); *Riddle v. Charterwest Bank*, 8:18-CV-17 (D. Neb. May 8, 2018); *Creighton University v. General Electric Company*, 4:08CV460 (D. Neb. Mar. 18, 2009); *In Matter of Kurmel*, No. BK03-82722 A03-8075 (Bankr. D. Neb. Jan. 28, 2005); *McCully, Inc. v. Baccaro Ranch*, 284 Neb. 160 (Neb. 2012); *Huber v. Rohrig,* 280 Neb. 868 (Neb. 2010); *Eicher v. Mid America Fin. Invest. Corp*., 275 Neb. 462 (Neb. 2008); *Eicher v. Mid America Financial Investment Corp*., 270 Neb. 370 (Neb. 2005); *In re Applications*, 268 Neb. 620 (Neb. 2004); *Big River v. L H*, 268 Neb. 207 (Neb. 2004); *Wolfe v. Becton Dickinson Co.,* 266 Neb. 53 (Neb. 2003); *Howe v. Hinzman*, 14 Neb. App. 544 (Neb. Ct. App. 2006); *Midwest Neurosurgery v. State Farm Insurance Co*., 12 Neb. App. 328 (Neb. Ct. App. 2004).

[931] Agri Affiliates, Inc. demandó a los fideicomisarios del Calvin R. and Audrey J. Bones Family Trust por una comisión relacionada con la venta de propiedades. Se había establecido un acuerdo de venta exclusiva en el que Agri Affiliates recibiría una comisión del 6% si encontraban un comprador, pero sólo recibiría el 1% si los Bones decidían vender a su inquilino actual. Aunque Agri Affiliates encontró un comprador, los Bones dudaron en firmar el acuerdo de compra y luego recibieron una oferta de su inquilino. Los Bones alegaron misrepresentation negligente, misrepresentación fraudulenta y violación del deber fiduciario por parte de Agri Affiliates, pero el tribunal de distrito falló a favor de Agri Affiliates. Las reclamaciones de los Bones fueron rechazadas, incluida su defensa de misrepresentación negligente, y se determinó que Agri Affiliates no había incumplido ninguna obligación fiduciaria.

[932] BGB § 311. II.

> Lamento mucho que hayamos estado bajo esta presión. El que suscribe tiene buenos contactos con el banco, que pudo usar inicialmente, pero no habría tenido problemas para tocar el banco vigorosamente como oponente. Pero el socio, el Dr. T. representa al Banco en procesos del Tribunal Regional Superior local (segunda instancia) y recibió la solicitud flagrante del departamento legal del banco, T. no contra el para representar al banco. Por cierto, el banco hace esto con todas las firmas de abogados más grandes a las que "suministra" regularmente con ventas. La carta del 4 de abril de 2003, decía textualmente:
>
> > Seguramente tendremos que establecer una posición uniforme en el bufete de abogados sabre esta cuestión, también para el futuro, que tenemos que aclarar en este momento, con la excepción de T., ya que el problema aún no se había planteado concretamente. No tengo la oportunidad de decirle a mi colega relativamente joven, el Dr. T. prácticamente ahuyentando a la fuente de ventas más fuerte, aunque no podremos evitar la decisión de rumba a largo plazo debido a nuestra misión a las empresas medianas. (Sentencia IX ZR 5/06, párrafo 2).

En este caso, la actora rescindió el mandato que había otorgado a la demandada y reclama una indemnización por daños y perjuicios por la remuneración excesiva pagada y los gastos adicionales incurridos. Alega que si hubiera sabido desde el principio que el socio de la demandada trabajaba regularmente para el banco o que no quería o no podía representar al demandante en la corte, no habría dado el mandato. La demandada argumenta que no era previsible que hubiera una disputa legal y que estaban dispuestos a actuar en nombre del demandante, pero después de que el director general de la demandante insultara gravemente a los empleados del banco, buscaban una excusa para rescindir el mandato. La demanda fue rechazada y el demandante continúa con su reclamación de pago.

El recurso presentado resulta en la anulación de la sentencia impugnada y la devolución del caso al Tribunal de Apelación. El Tribunal de Apelación determinó que no existía una reclamación de reembolso de la remuneración debido a la falta de reclamación de daño prematuro por parte del demandante. Sin embargo, se consideró una posible reclamación basada en incumplimiento precontractual de deberes según el Código Civil alemán (numeral 311 del BGB). La Corte de Apelaciones concluyó que el acusado no había incumplido sus deberes, ya que no estaba obligado a revelar la relación entre su socio y el banco y no existían indicios de falta de independencia. Por lo tanto, se rechazó la demanda del demandante. Sin embargo, el Tribunal Federal discrepó con esta valoración.

El Tribunal de Apelación sostiene que las declaraciones de los abogados demandados no son válidas legalmente para negar la reclamación de daños y perjuicios del demandante contra ellos por *culpa in contrahendo*.

En cuanto al deber de revelación, el Tribunal señala que el demandado no violó la prohibición de representar intereses en conflicto, ya que ésta se aplica sólo a la representación en el mismo asunto legal. Tampoco existía una relación entre el socio del demandado y el demandante que pudiera generar un conflicto de intereses. Además, el abogado debe revelar si él o algún miembro de su bufete de abogados representa con frecuencia a un tercero, independientemente de si existe una conexión con el nuevo mandato. En definitiva, el Tribunal Federal concluye que el demandado debió haber revelado la información pertinente sobre la relación de su socio con el banco desde el principio, ya que esto habría permitido al demandante tomar una decisión informada sobre la contratación del demandado.

Los puntos que considera el Tribunal Federal de Justicia son estos, en resumen:

1) El abogado, como asesor y representante independiente en asuntos legales, tiene la responsabilidad de buscar soluciones adecuadas a los conflictos y proteger los intereses de sus clientes. Su papel requiere independencia y confidencialidad, comprometiéndose únicamente con los intereses de su cliente. Al aceptar un mandato, el abogado se compromete a cumplir con estos requisitos y proteger los intereses del cliente, independientemente de la representación de los intereses en conflicto de la otra parte. Esto es lo que se espera cuando alguien busca justicia y contrata a un abogado.

2) Cuando un abogado o su socio actúan frecuentemente para una misma parte, puede generar dudas desde la perspectiva de otros clientes sobre si se representarán con el mismo énfasis los intereses opuestos. Las asignaciones repetidas de la misma parte pueden crear confianza económica o una identificación especial con sus asuntos, lo que podría afectar la capacidad del abogado para representar de manera imparcial a un adversario. Esto compromete su habilidad para cumplir con las obligaciones requeridas en virtud del contrato de abogado, a pesar de la relación con el cliente oponente.

El cumplimiento de esta condición no es decisivo, pero el abogado puede negarse a aceptar el mandato si encuentra dificultades. Sin embargo, si decide asumir el mandato, debe revelar que ha trabajado frecuentemente para el oponente. Durante las negociaciones contractuales, existe la obligación de informar a la otra parte sobre circunstancias relevantes, y la actuación frecuente para la parte contraria es una de ellas. El abogado puede afirmar que las órdenes del oponente no tienen influencia y no afectarán el procesamiento adecuado del mandato, siempre y cuando esté seguro de ello. El cliente puede estar de acuerdo y proceder, pero debe tener tiempo suficiente para decidir si desea nombrar a un abogado que trabaje con frecuencia para la parte contraria, asumiendo la responsabilidad. Además, el abogado es responsable de proporcionar esta información sin ser preguntado, ya que el cliente generalmente no sabe de otros mandatos del abogado.

Por estas consideraciones, utilizando la CIC en la figura de la obligación de divulgar información u obligación de informar, del numeral 311 del BGB, el Tribunal Federal reenvía los cuadernos de apelación a la Corte de Apelación para revisar la sentencia recurrida teniendo para determinar si los danos y perjuicios estaban probados.

b). Análisis del Caso

El análisis de este caso, primero bajo la óptica del misrepresentation y luego desde la perspectiva de la culpa in contrahendo (CIC), nos conduciría a resultados similares. Veamos:

a. Análisis bajo Misrepresentation:

1. Aseveración fáctica falsa: El abogado no reveló su relación frecuente con el banco, lo cual era una información crucial que debía ser compartida con el cliente. Este ocultamiento puede considerarse como una aseveración implícita de que no existían conflictos de interés.

2. Aseveración Fraudulenta: Aunque no hay una declaración explícita fraudulenta, la omisión de información esencial puede interpretarse como un engaño. El abogado omitió deliberadamente información que podría haber influenciado la decisión del cliente de contratar sus servicios.

3. Confianza en la Aseveración: El cliente confió en la representación del abogado, presumiendo que no había conflictos de intereses y que su caso sería manejado con imparcialidad.

4. Justificación de la Confianza del Receptor: La confianza del cliente era justificada, dado que normalmente se espera que un abogado revele cualquier posible conflicto de interés. La omisión de esta información clave llevó al cliente a tomar una decisión basada en una percepción errónea de la situación.

b. Análisis bajo CIC:

1. Deber de Informar (CIC): El deber de informar es una parte esencial de la CIC. En este caso, el abogado tenía la responsabilidad precontractual de informar al cliente sobre su relación con el banco. La falla en divulgar esta información esencial viola este deber.

2. Confianza Suscitada y Defraudada: El cliente confió en la profesionalidad y honestidad del abogado. La falta de revelación de un conflicto de interés defraudó esa confianza, llevando al cliente a tomar decisiones basadas en información incompleta.

3. Daño Causado: El cliente sufrió daños como resultado de esta falta de información, incluyendo la remuneración excesiva pagada y los gastos adicionales incurridos, lo que podría considerarse como un daño directamente relacionado con la falta de cumplimiento del deber de informar del abogado.

c. Conclusión:

Tanto bajo la doctrina del misrepresentation como bajo la CIC, el resultado sería similar. Ambas figuras enfatizan la importancia de la honestidad y la transparencia en las negociaciones precontractuales. En este caso, la omisión del abogado de información crítica sobre su relación con el banco es un factor clave que lleva a la responsabilidad tanto en términos de misrepresentation (por engaño o tergiversación) como de CIC (por incumplimiento del deber de informar). En ambos escenarios, la conducta del abogado es reprochable y justifica la compensación al cliente por los daños sufridos.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que una demanda por misrepresentation puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el demandado violó el deber de revelar un conflicto de intereses, hizo declaraciones falsas o participó en una conducta que involucra deshonestidad, fraude, engaño o tergiversación.

Los casos citados por citar proporcionan cierta orientación sobre el posible éxito de una demanda por tergiversación. Varios de los casos discuten el concepto de conflicto de intereses, que está en el centro nuestra investigación. Por ejemplo, en *Attorney Grievance Comm'n of Md. v. Maide*n, 480 Md. 1 (Md. 2022)[933], el tribunal determinó que el abogado violó las reglas de conducta profesional al crear un conflicto de intereses sin obtener una renuncia por escrito[934].

[933] Seguido por *Attorney Grievance Comm'n of Md. v. Davis*, AG 28-2022 (Md. Oct. 23, 2023); *Attorney Grievance Comm'n of Md. v. Farmer*, AG 41-2021 (Md. July 10, 2023); *Attorney Grievance Comm'n of Md. v. Wescott*, 483 Md. 111 (Md. 2023).

[934] Amber Lisa Maiden representó a Brian Riese en una apelación de una queja por discriminación contra el Departamento de Estado. Sin embargo, los dos tuvieron un desacuerdo sobre los términos de su acuerdo de anticipo, lo que llevó al deterioro de su

De manera similar, en *Sisk v. Transylvania Community Hospital, Inc*., 695 S.E.2d 429 (N.C. 2010)[935], el tribunal discutió la autoridad para descalificar a un abogado por mala conducta, lo que podría ser análogo al enfoque de la nuestra investigación en el conflicto de intereses de un abogado.

En el caso *Burton v. Mottolese*, 267 Conn. 1 (Conn. 2003)[936], el tribunal discutió la mala conducta de un abogado[937], incluidas las tergiversaciones hechas al tribunal y los conflictos de

relación. Maiden le envió a Riese una carta de 20 páginas que contenía lenguaje antisemita, profano e insultante, mientras ella todavía lo representaba. La Comisión de Quejas de Abogados de Maryland presentó una petición contra Maiden, alegando que violó varias reglas de conducta profesional, incluida la creación de un conflicto de intereses y la falta de resolución. Un juez de audiencia determinó que la Comisión estableció múltiples violaciones mediante pruebas claras y convincentes, y el Tribunal de Apelaciones de Maryland impuso una suspensión indefinida a Maiden como resultado.

[935] En el caso de *Sisk v. Transylvania Community Hospital, Inc*., la demandante Kimberly S. Sisk demanda a Abbott Laboratories y Transylvania Community Hospital, Inc. por daños y perjuicios después de que su hijo contrajera una forma rara de meningitis. Sisk alega que el hospital no debería haberle dado a su hijo Similac en polvo, que no es estéril, y que Abbott no advirtió al hospital de los riesgos. Dos abogados de otros estados, Stephen H. Meyer y Nicolas F. Stein, fueron admitidos *pro hac vice* para representar a Sisk, pero Abbott se movió para descalificar a los dos abogados por presuntamente contactar a uno de los expertos consultores de Abbott sin permiso. El tribunal de primera instancia revocó el estatus *pro hac vice* de los dos abogados, citando su conducta inapropiada, la apariencia de incorrección y la violación de las Reglas de Conducta Profesional de Carolina del Norte. El Tribunal de Apelaciones revocó la decisión del tribunal de primera instancia, pero el Tribunal Supremo finalmente revocó la decisión del Tribunal de Apelaciones y restableció la orden del tribunal de primera instancia.

[936] Seguido por *Statewide Grievance v. Burton*, 88 Conn. App. 523 (Conn. App. Ct. 2005); *Office of Chief Disciplinary Counsel v. Miller,* 335 Conn. 474 (Conn. 2020); *Disciplinary Counsel v. Sporn*, 157 A.3d 108 (Conn. App. Ct. 2017); *Disciplinary Counsel v. Snaider*, 90 A.3d 286 (Conn. App. Ct. 2014); *Statewide Grievance Committee v. Burton*, 299 Conn. 405 (Conn. 2011); *Cimmino v. Marcoccia*, 332 Conn. 510 (Conn. 2019); *Chief Disciplinary Counsel v. Rozbicki*, 326 Conn. 686 (Conn. 2017); *Notopoulos v. Statewide*, 277 Conn. 218 (Conn. 2006); *McCullough v. Town of Rocky Hill*, 198 Conn. App. 703 (Conn. App. Ct. 2020); *Disciplinary Counsel v. Serafinowicz*, 123 A.3d 1279 (Conn. App. Ct. 2015); *Chief Disciplinary Counsel v. Rozbicki*, 91 A.3d 932 (Conn. App. Ct. 2014); *Notopoulos v. Statewide*, 85 Conn. App. 425 (Conn. App. Ct. 2004); *Disciplinary Counsel v. Evans*, No. FSTCV166029075S (Conn. Super. Ct. Jan. 10, 2018); *Cruz v. 31 Catherine Avenue, LLC*, No, 5445 CRB 5 (Conn. Work Comp. 2010); *Burton v. Mottolese*, 541 U.S. 1073 (2004); *Williamson v. Psychiatric Sec. Review Bd*., CIVIL ACTION No. 3:13-CV-00578 (VLB) (D. Conn. Aug. 13, 2014); *In re Williams*, 978 F. Supp. 2d 123 (D. Conn. 2012); *Cohen v. Statewide Grievance Comm*., 339 Conn. 503 (Conn. 2021*); D'Attilo v. Statewide Grievance Comm*., 329 Conn. 624 (Conn. 2018); *Disciplinary Counsel v. Hickey*, 328 Conn. 688 (Conn. 2018); *In re Gabriella A*., 319 Conn. 775 (Conn. 2015); *Simms v. Seaman*, SC 18839 (Conn. May 21, 2013); *Yeager v. Alvarez*, 302 Conn. 772 (Conn. 2011); *Gambardella v. Apple Health Care, Inc*., 291 Conn. 620 (Conn. 2009); *State v. Lawrence*, 282 Conn. 141 (Conn. 2007); *In re Greenspan*, 910 A.2d 324 (D.C. 2006); *Tarro v. Comm. of Motor Vehicles*, 279 Conn. 280 (Conn. 2006); *Edmands v. Cuno, Inc*., 277 Conn. 425 (Conn. 2006); *Broadnax v. New Haven*, 270 Conn. 133 (Conn. 2004); *Goldberg v. Hartford Fire Insurance Company*, 269 Conn. 550 (Conn. 2004); *Rocque v. Farricielli*, 269 Conn. 187 (Conn. 2004); *Daniels v. Alander*, 268 Conn. 320 (Conn. 2004); *Lafferty v. Jones*, AC 46194 (Conn. App. Ct. Aug. 1, 2023); *Abbott v. Vavala,* C. A. 2021-0409 JJC (Del. Ch. Feb. 15, 2022); *Maurice v. Chester Hous. Assocs. Ltd. P'ship*, 188 Conn. App. 21 (Conn. App. Ct. 2019); *Webster Bank v. Frasca*, 183 Conn. App. 249 (Conn. App. Ct. 2018); *Henry v. Imbruce*, 178 Conn. App. 820 (Conn. App. Ct. 2017); *Disciplinary Counsel v. Williams*, 166 Conn. App. 557 (Conn. App. Ct. 2016); *Disciplinary Counsel v. Parnoff,* 119 A.3d 621 (Conn. App. Ct. 2015); Brown v. State Farm Fire & Cas. Co., 90 A.3d 1054 (Conn. App. Ct. 2014); Afscme, Council 4, Local 2663 v. Dep't of Children & Families, 142 Conn. App. 1 (Conn. App. Ct. 2013); entre otros.

[937] Nancy Burton presenta una orden de error contra el tribunal de primera instancia, alegando que se violaron sus derechos al debido proceso, que el tribunal carecía de autoridad para iniciar procedimientos disciplinarios y que el tribunal mostró parcialidad en su contra. Sin embargo, el tribunal de primera instancia determinó que Burton violó las Reglas de Conducta Profesional al participar en una representación no autorizada, crear un conflicto de intereses, hacer declaraciones falsas al tribunal y participar en una conducta inapropiada. El tribunal de primera instancia también determinó que el desempeño de Burton estuvo por debajo del estándar aceptable de competencia. La investigación del tribunal de primera instancia sobre si Burton estaba autorizado a presentar la acción de medidas declaratorias y cautelares, así como la identificación de las Reglas de Conducta Profesional específicas que Burton violó, respaldan aún más la decisión del tribunal. El tribunal de primera instancia argumenta que Burton recibió una notificación adecuada de los cargos en su contra y que tiene la autoridad para iniciar procedimientos disciplinarios incluso sin una queja formal. El tribunal de primera instancia también aborda las afirmaciones de parcialidad de Burton, afirmando que actuó dentro de su autoridad para disciplinar a los abogados. El tribunal de primera instancia finalmente inhabilitó a Burton, razonando que los numerosos actos de mala conducta justificaban tal sanción.

intereses. Finalmente, en el caso *Elizondo v. Krist*, 415 S.W.3d 259 (Tex. 2013)[938], el tribunal discutió un caso de negligencia legal en el que los demandantes alegaron que sus abogados no obtuvieron un acuerdo justo para ellos[939]. Tomados en conjunto, estos casos sugieren que una demanda por tergiversación puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el demandado violó el deber de revelar un conflicto de intereses, hizo declaraciones falsas o se involucró en una conducta que involucra deshonestidad, fraude, engaño o tergiversación.

E). El caso de una licitación interrumpida. Sentencia X ZR 19/02

a). Antecedentes del Caso

La Décima Sala Civil de la Corte Federal de Justicia de Alemania revocó la sentencia del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf y desestimó el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia del tribunal de distrito de Wuppertal. La demandante fue considerada responsable de pagar las costas del juicio.

El caso se originó en un procedimiento de licitación limitada llevado a cabo por la ciudad demandada para la construcción de una escalera. La demandante, única participante en la

[938] Seguido por *Marteny v. Coon*, No. 09-19-00019-CV (Tex. App. Sep. 24, 2020); *Rogers v. Zanetti*, 518 S.W.3d 394 (Tex. 2017); *McMahon v. Zimmerman*, 433 S.W.3d 680 (Tex. App. 2014); *Starwood Mgmt., LLC v. Swaim*, 530 S.W.3d 673 (Tex. 2017); *Abercrombie Grp. v. Clark*, No. 02-22-00399-CV (Tex. App. June 29, 2023); *Wakefield v. Underwood*, No. 14-19-01004-CV (Tex. App. July 22, 2021); Len*ox Barbeque & Catering, Inc. v. Metro. Transit Auth. of Harris Cnty*., 489 S.W.3d 529 (Tex. App. 2016); *Rogers v. Zanetti,* 517 S.W.3d 123 (Tex. App. 2015); *Seim v. Allstate Tex. Lloyds*, No. 02-16-00050-CV (Tex. App. Nov. 8, 2018); *Alarcon v. Alcolac Inc*., 488 S.W.3d 813 (Tex. App. 2016); *Thompson & Knight LLP v. Patriot Exploration, LLC*, 444 S.W.3d 157 (Tex. App. 2014); *Ryan v. White (In re Ryan),* No. 12-22-00267-CV (Tex. App. Oct. 21, 2022); *Greb v. Madole*, No. 05-18-00467-CV (Tex. App. July 3, 2019); *In re Lipsky*, 460 S.W.3d 579 (Tex. 2015); *Ortiz v. Olandapo-Jimoh*, No. 01-21-00144-CV (Tex. App. Aug. 30, 2022); *White Rock Expl., Inc. v. Freeman Mills*, P.C., 607 S.W.3d 429 (Tex. App. 2020); *Slack v. Consulate of Greece,* No. 14-18-00469-CV (Tex. App. June 30, 2020); *In re K.J.G*., No. 04-19-00102-CV (Tex. App. Aug. 21, 2019); *Gonzalez v. Hunting Energy Servs., Inc*., No. 14-17-00877-CV (Tex. App. Feb. 26, 2019); *McIntyre v. Castro*, No. 13-17-00565-CV (Tex. App. Sep. 6, 2018); *Spriggs v. Gonzales*, No. 07-16-00418-CV (Tex. App. June 28, 2018); *Nelson v. Sheedy*, No. 05-16-01262-CV (Tex. App. May 30, 2018); *Starwood Mgmt., LLC v. Swaim*, No. 05-14-01218-CV (Tex. App. Mar. 20, 2018); *McKnight v. Moss*, No. 12-16-00199-CV (Tex. App. June 7, 2017); *Thomas Oilfield Servs., LLC v. Clark*, No. 12-16-00207-CV (Tex. App. May 24, 2017); *Bruce v. Cauthen*, 515 S.W.3d 495 (Tex. App. 2017); *Highmount Exploration & Production LLCv. Harrison Interests, Ltd*., 503 S.W.3d 557 (Tex. App. 2016); *Sheetz v. Slaughter*, 503 S.W.3d 495 (Tex. App. 2016); *Brown v. RK Hall Constraction, Ltd.,* 500 S.W.3d 509 (Tex. App. 2016); *City Nat'l Bank of Sulphur Springs v. Smith*, No. 06-15-00013-CV (Tex. App. May 4, 2016); *Bigham v. Southeast Texas Environmental, LLC*, 458 S.W.3d 650 (Tex. App. 2015); *Puga v. RCX Sols., Inc*., 922 F.3d 285 (5th Cir. 2019); *Puga v. RCX Sols., Inc*., 914 F.3d 976 (5th Cir. 2019); Rollo v. Escobedo, No. SA-17-CV-00645-JKP (W.D. Tex. Dec. 13, 2021); entre otros.

[939] En el caso *Elizondo v. Krist*, los Elizondo demandaron a sus antiguos abogados por negligencia legal. Los Elizondo afirmaron que los abogados no lograron obtener un acuerdo adecuado de BP después de una explosión en la refinería de Texas City, y que fueron "vendidos río abajo" para que los abogados representaran a BP en futuros litigios. Los abogados argumentan que nunca representaron a Guillermina, y que los Elizondo no proporcionaron evidencia de daños. El tribunal de primera instancia otorgó un juicio sumario a favor de los abogados, y el tribunal de apelaciones lo confirmó. Los Elizondo presentaron una declaración jurada pericial del abogado Arturo González, quien argumenta que el acuerdo fue inadecuado y que los abogados no ejercieron la debida diligencia. El documento también discute la importancia del testimonio de expertos, las disputas de descubrimiento y las calificaciones del testigo experto de los Elizondo. La Corte Suprema de Texas finalmente encontró que la declaración jurada de González era suficiente para medir el "verdadero" valor del acuerdo del caso.

licitación, presentó una oferta que no incluía los formularios de precios requeridos. La ciudad canceló la licitación alegando cambios en la lista de cantidades y, en una segunda licitación, rechazó la oferta de la demandante por considerar los precios demasiado altos.

La demandante solicitó una indemnización por los daños y perjuicios sufridos debido a la no adjudicación de la primera oferta y la cancelación de la segunda licitación. Calculó los daños en base a los costos de preparación de los documentos de oferta y la contribución a los gastos de construcción de un muro de contención. El tribunal regional confirmó parcialmente la demanda, ordenando un pago de 2.905 marcos alemanes, pero el tribunal de apelación consideró justificada la compensación por el interés positivo debido a la cancelación de la segunda licitación.

El recurso de casación presentado por la ciudad demandada tenía como objetivo anular la sentencia de apelación y desestimar las solicitudes de la demandante. El Tribunal Federal valoró el caso y justificó la anulación de la sentencia de apelación, rechazando el recurso de casación del demandante. La revisión admisible llevó a la conclusión de que la ciudad demandada no había incumplido sus deberes, ya que no estaba obligada a revelar la relación entre su socio y el banco y no existían indicios de falta de independencia.

La Corte de Apelaciones inicialmente había considerado justificada la reclamación de compensación por interés positivo debido a la culpa in contrahendo (CIC). Sin embargo, el Tribunal Federal discrepó con esta valoración y determinó que la demanda no era procedente. La sentencia indicó que los errores en la licitación y adjudicación de contratos públicos pueden generar responsabilidad por parte del cliente hacia los licitadores, pero en este caso, la oferta de la demandante fue rechazada correctamente debido a la falta de los formularios de precios necesarios.

En conclusión, el Tribunal Federal desestimó la demanda basada en CIC por ruptura de negociaciones preliminares, argumentando que el demandante fue rechazado legítimamente por no cumplir con los requisitos formales de la licitación. La responsabilidad precontractual, tanto en el interés positivo como negativo, quedó totalmente excluida y eximida.

b). Análisis del Caso

El análisis del caso desde la perspectiva de misrepresentation y luego bajo la doctrina de la culpa in contrahendo (CIC), permite una comparación interesante de cómo ambas doctrinas podrían llegar a un resultado similar en este escenario.

a. Análisis bajo Misrepresentation:

1. Aseveración que no está de acuerdo con los hechos: En este caso, no hay una aseveración directa del demandado que sea contraria a los hechos. Sin embargo, la demanda del demandante se basa en la premisa de que la ciudad no condujo el proceso de licitación de manera justa y transparente.

2. Aseveración fraudulenta: No hay evidencia de una aseveración fraudulenta por parte de la ciudad. La decisión de cancelar la licitación y rechazar la oferta del demandante se basó en criterios formales y legales.

3. Confianza en la aseveración: El demandante confió en que el proceso de licitación sería justo y que su oferta sería considerada adecuadamente, lo cual es una expectativa razonable en cualquier proceso de licitación.

4. Justificación de la confianza del receptor: La confianza del demandante estaba justificada dadas las normas y expectativas en los procesos de licitación. Sin embargo, no hubo una aseveración específica del demandado que indujera al demandante a creer que su oferta sería aceptada sin cumplir con todos los requisitos formales.

b. Análisis bajo CIC:

1. Deber de Informar (CIC): Bajo la CIC, se considera que existe un deber de cuidado e información durante las etapas precontractuales. La ciudad, como entidad que lleva a cabo la licitación, tiene el deber de garantizar que el proceso sea transparente y justo. No obstante, en este caso, la ciudad actuó conforme a las normas establecidas, rechazando una oferta que no cumplía con los requisitos formales.

2. Confianza suscitada y defraudada: Aunque el demandante confiaba en que su oferta sería considerada, no hubo una violación específica del deber de cuidado por parte de la ciudad. La cancelación de la licitación y el rechazo de la oferta se basaron en razones válidas y formales.

3. Daño Causado: El Tribunal Federal determinó que no hubo daño causado por la culpa in contrahendo, ya que la oferta del demandante fue excluida por razones legítimas y no por una violación de las normas de la licitación o una mala conducta por parte de la ciudad.

c. Conclusión:

En este caso, tanto bajo la teoría de misrepresentation como bajo la CIC, se llega a la conclusión de que no hubo un incumplimiento significativo por parte del demandado que justifique una indemnización al demandante. Bajo el misrepresentation, no hay evidencia de una aseveración fraudulenta o engañosa. De manera similar, bajo la CIC, la ciudad cumplió con su deber de informar y llevar a cabo el proceso de licitación de manera transparente y conforme a las normas, lo que resulta en la desestimación de la demanda. En ambos casos, se reconoce que el demandante no cumplió con los requisitos formales necesarios, lo que lleva a la exclusión legítima de su oferta.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades relacionadas a este caso proporcionan orientación sobre una serie de cuestiones pertinentes para nuestra investigación. En primer lugar, los casos de *Byrne & Jones Enters., Inc. v. Monroe City R-1 Sch. Dist*.[940], 493 S.W.3d 847 (Mo. 2016)[941] y *Harrison v.*

[940] Seguido por *Wagoner v. Conocophillips, Corp*., 527 S.W.3d 83 (Mo. Ct. App. 2017); *Lehmann v. Bd. of Educ. of Fayette R3 Sch. Dist.,* 649 S.W.3d 303 (Mo. Ct. App. 2022); *Health Care Found. of Greater Kan. City v. HM Acquisition, LLC*, 507 S.W.3d 646 (Mo. Ct. App. 2017); *Shondel Church v. Missouri*, 913 F.3d 736 (8th Cir. 2019); *Charter Commc'ns Entm't I, LLC v. Dir. of Revenue*, No. SC99517 (Mo. Apr. 18, 2023); *State v. Mo. Comm'n on Human Rights,* 527 S.W.3d 837 (Mo. 2017); *State v. Smith*, 522 S.W.3d 221 (Mo. 2017); *State ex rel. Mo. Coalition for the Env't v. Joint Comm. on Admin. Rules*, 519 S.W.3d 805 (Mo. 2017); Earley v. Dunn, No. ED110514 (Mo. Ct. App. Mar. 21, 2023); *LO Mgmt. v. Office of Admin*., 658 S.W.3d 228 (Mo. Ct. App. 2022); *Four Star Enters. Equip., Inc. v. Emp'rs Mut. Cas. Co*., 648 S.W.3d 903 (Mo. Ct. App. 2022); *Decker v. Collins*, 647 S.W.3d 335 (Mo. Ct. App. 2022); *Nationwide Ins. Co. of Am. v. Six*, 652 S.W.3d 278 (Mo. Ct. App. 2022); *Foster v. Dunklin Cnty*., 641 S.W.3d 421 (Mo. Ct. App. 2022); *Benjamin Banneker Charter Acad. v. Jones*, 580 S.W.3d 1 (Mo. Ct. App. 2019); *Guinn v. Treasurer of Mo. as Custodian of Second Injury Fund*, 577 S.W.3d 847 (Mo. Ct. App. 2019); *World Wide Tech., Inc. v. Office of Admin.,* 572 S.W.3d 512 (Mo. Ct. App. 2019); *Truong v. Truong*, 564 S.W.3d 761 (Mo. Ct. App. 2018); *Agnew v. Mo.-Am. Water Co*., 567 S.W.3d 652 (Mo. Ct. App. 2018); *Baker v. Century Fin. Grp., Inc.*, 554 S.W.3d 426 (Mo. Ct. App. 2018); *Aguilar v. Thompson Coburn LLP*, 540 S.W.3d 910 (Mo. Ct. App. 2018); *Adem v. Des Peres Hosp., Inc*., 515 S.W.3d 810 (Mo. Ct. App. 2017).

[941] Byrne & Jones Enterprises, Inc. presentó una acción contra el Distrito Escolar Monroe City R-1, alegando que se les negó una oportunidad justa e igual para competir en el proceso de licitación para un contrato de obras públicas para construir un estadio de atletismo. Afirman que hubo colusión y favoritismo entre el distrito escolar y otro postor, ATG Sports, Inc. El tribunal de primera instancia desestimó la petición de Byrne & Jones, considerando que carecían de legitimación para impugnar la adjudicación del contrato. Byrne & Jones apeló, afirmando que tienen legitimación para impugnar la adjudicación del contrato porque tienen derecho a una oportunidad justa e igual para competir por contratos públicos.

La Corte Suprema de Missouri dictaminó que el tribunal de primera instancia se equivocó al desestimar la petición de Byrne & Jones, ya que tenían legitimación para impugnar la adjudicación del contrato. Sin embargo, la Corte Suprema de Missouri finalmente confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia, considerando que Byrne & Jones no tenía derecho al alivio que solicitaban porque el contrato ya había sido adjudicado y el estadio había sido completado. El tribunal discute varios precedentes que establecen que los postores no exitosos tienen legitimación para impugnar la adjudicación de un contrato público si no se les dio una oportunidad igual para competir. Sin embargo, el tribunal finalmente concluye que Byrne & Jones no tiene derecho a un alivio porque el contrato ya ha sido adjudicado y el estadio completado.
El tribunal también discute el tema de si Byrne & Jones tiene legitimación para presentar una reclamación por un alivio cautelar, concluyendo finalmente que la reclamación es irrelevante. Además, el tribunal argumenta que sólo los contribuyentes tienen legitimación para hacer cumplir las leyes de licitación pública. El tribunal también discute la cuestión de si un postor perdedor tiene legitimación para impugnar una adjudicación de contrato, y finalmente concluye que sólo los contribuyentes pueden presentar tales reclamaciones. Finalmente, el tribunal proporciona información adicional sobre las diversas leyes y regulaciones estatales que permiten las protestas de licitación y la revisión judicial, y discute la justificación para otorgar legitimación a los postores dentro de la "zona de intereses".

Westinghouse Savannah River Co.[942], 352 F.3d 908 (4th Cir. 2003)[943] abordan la legitimación de un licitador no seleccionado para impugnar la adjudicación de un contrato público.

En ambos casos, los tribunales consideraron que el licitador estaba legitimado para impugnar la adjudicación, aunque el razonamiento difirió. En *Byrne & Jones*, el tribunal se centró en el argumento del licitador de que se le había negado una oportunidad justa y equitativa de competir, mientras que, en *Harrison*, el tribunal se centró en la importancia relativa de una declaración falsa en el contexto de la contratación.

[942] Seguido por *Harrison v. Westinghouse Savannah River Co*., 352 F.3d 908 (4th Cir. 2003; *Laymon v. Bombardier Transportation (Holdings) USA, Inc.,* Civil Action No. 05-169 (W.D. Pa. Mar. 23, 2009); *U.S. v. Science Applications Intern. Corp.,* 555 F. Supp. 2d 40 (D.D.C. 2008); *United States ex rel. Bunk v. Gosselin World Wide Moving*, N.V., 741 F.3d 390 (4th Cir. 2013); *Stratton v. Merck & Co.,* C. A. 2:21-02211-RMG (D.S.C. Nov. 17, 2021); *United States ex rel. Marsteller v. MD Helicopters, Inc*., Civil Action 5:13-cv-00830-AKK (N.D. Ala. Sep. 27, 2021); *United States ex rel. Ormsby v. Sutter Health*, 444 F. Supp. 3d 1010 (N.D. Cal. 2020); *United States ex rel. Hedley v. Abhe & Svoboda, Inc*., Civil Action No. RDB-14-2935 (D. Md. Mar. 19, 2018); *Skinner v. Armet Armored Vehicles, Inc.,* No. 4:12-cv-00045 (W.D. Va. May 12, 2015); *United States v. Fadul*, Civil Action No. DKC 11-0385 (D. Md. Feb. 28, 2013); *Neuman v. Levan*, CIVIL ACTION No. 8:08-03418-HFF (D.S.C. June 25, 2009); *Miller v. Holzmann*, 563 F. Supp. 2d 54 (D.D.C. 2008); *U.S. ex Rel. Longhi v. Lithium Power Technologies,* 530 F. Supp. 2d 888 (S.D. Tex. 2008); *U.S. ex Rel. Bettis v. Odebrecht Contractors of California*, 297 F. Supp. 2d 272 (D.D.C. 2004); *San Francisco Unified School District ex rel. Contreras v. First Student, Inc*., 224 Cal.App.4th 627 (Cal. Ct. App. 2014); *United States ex rel. Int'l Bhd. of Elec. Workers Local Union No. 98 v. The Farfield Co*., 5 F.4th 315 (3d Cir. 2021); *United States ex rel. Grant v. United Airlines Inc*., 912 F.3d 190 (4th Cir. 2018); *United States ex rel. Am. Sys. Consulting, Inc. v. Mantech Advanced Sys. Int'l*, 600 F. App'x 969 (6th Cir. 2015); *Glynn v. EDO Corp.*, 710 F.3d 209 (4th Cir. 2013); Unite*d States ex rel. Owens v. First Kuwaiti General Trading & Contracting Co*., 612 F.3d 724 (4th Cir. 2010); *United States ex rel. Montcrieff v. Peripheral Vascular Assocs*., No. SA-17-CV-00317-XR (W.D. Tex. Jan. 9, 2023); *United States ex rel. Kuriyan v. HCSC Ins. Servs. Co.,* CIV 16-1148 JB/KK (D.N.M. Dec. 20, 2021); *Cont'l Res., Inc. v. Wolla Oilfield Servs. LLC*, No. 20-cv-00200-PRW (W.D. Okla. July 9, 2021); *United States v. Lab. Corp. of Am. Holdings,* C/A No. 9:14-3699-RMG (D.S.C. July 6, 2021); *United States v. Consultants in Gastroenterology, P.A*., Civil Action No.: 3:19-cv-03403-JMC (D.S.C. Mar. 30, 2021); *United States ex rel. Howard v. Caddell Constr. Co.,* No. 7:11-CV-270-FL (E.D.N.C. Mar. 30, 2021); *United States ex rel. Kelly-Creekbaum v. L'Academie De Cuisine, Inc.,* Civil Action No. DKC 17-3525 (D. Md. Aug. 14, 2019); *Shurland v. Edwards, Civil Action* No. 3:19-cv-92 (E.D. Va. Aug. 5, 2019); *United States v. Savannah River Nuclear Sols., LLC*, Civil Action No. 1:16-cv-00825-JMC (D.S.C. Dec. 6, 2016); *Hedley v. Abhe & Svoboda, Inc*., Civil Action No. RDB-14-2935 (D. Md. Feb. 1, 2016); *Front Row Techs., LLC v. NBA Media Ventures, LLC*, 163 F. Supp. 3d 938 (D.N.M. 2016); *Front Row Technologies, LLC v. NBA Media Ventures, LLC*, 163 F. Supp. 3d 938 (D.N.M. 2016); Hedley v. Abhe & Svoboda, Inc., Civil Action No. RDB-14-2935 (D. Md. July 31, 2015); entre otros.

[943] En *Harrison v. Westinghouse Savannah River Co*., Edwin Harrison alega que Westinghouse certificó falsamente al Departamento de Energía que no existían conflictos de intereses organizativos entre Westinghouse y General Physics Corporation. Aunque el tribunal de distrito inicialmente desestimó la demanda, el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito revocó en parte y devolvió el caso. En la devolución, el jurado determinó que la certificación era falsa y que Westinghouse tenía conocimiento de la falsedad. El tribunal de distrito impuso una sanción a Westinghouse, al considerar que la certificación falsa era material. El tribunal siguió el precedente en Berge para determinar la materialidad, y rechazó el argumento de Westinghouse de que carecía de la ciencia requerida. El tribunal también concluyó que se aplicaba la doctrina del "conocimiento colectivo" y que había pruebas suficientes para que el jurado determinara que Westinghouse poseía la ciencia necesaria. Westinghouse apeló, argumentando que la certificación no era material, que carecía del científico requerido y que la queja de Harrison no era lo suficientemente específica. Harrison apeló de forma cruzada, argumentando que la materialidad no es un elemento requerido por la FCA, y solicitando la devolución de todo el dinero pagado por el DOE a Westinghouse, así como los gastos de litigios personales y los honorarios de los abogados. El tribunal rechazó las solicitudes de Harrison y redujo los honorarios de los abogados otorgados.

En segundo lugar, los casos de *Prof'l Bldg. Maint. Corp. v. Sch. Bd. of the Cnty. of Spotsylvania*[944], 283 Va. 747 (Va. 2012)[945] y *NTCH, Inc. v. Fed. Commc'ns Comm'n*[946], 950 F.3d 871 (D.C. Cir. 2020)[947] abordan la importancia de cumplir con los requisitos establecidos en la invitación a licitar. En ambos casos, los tribunales hicieron hincapié en que la autoridad contratante debía adjudicar el contrato al licitador menos responsable y con menor capacidad de respuesta, y que las ofertas que no cumplieran los requisitos debían excluirse de la evaluación.

En tercer lugar, los casos de *LTMC/Dragonfly, Inc. v. Metropolitan Washington Airports Authority*, 699 F. Supp. 2d 281 (D.D.C. 2010) [948] y *Debcon v. City of Glasgow,* 305 Mont. 391 (Mont. 2001) [949] abordan los derechos y recursos de las partes involucradas en las licitaciones de contratos de obras públicas. En *LTMC/Dragonfly*[950], el tribunal determinó que el demandante

[944] Seguido por *Prof'l Bldg. Maint. Corp. v. Sch. Bd. of the Cnty. of Spotsylvania*, 283 Va. 747 (Va. 2012.

[945] El expediente Nº 110410 se refiere al caso de la Corporación Profesional de Mantenimiento de Edificios (PBM) contra la Junta Escolar del Condado de Spotsylvania. PBM alega que la Junta Escolar violó la Ley de Contratación Pública de Virginia (la Ley) al no adjudicar el contrato a PBM, el postor responsable más bajo. Además, PBM afirma que la Junta Escolar consideró criterios no establecidos en la Invitación a Licitar y no describió el método para otorgar puntos para los criterios de licitación. La Junta Escolar presentó una objeción, afirmando que el contrato se adjudicaría al mejor postor de valor, no al postor responsable más bajo. Sin embargo, el tribunal de circuito apoyó la objeción de la Junta Escolar, encontrando que la Invitación cumplía con los requisitos de la ley para una solicitud de adquisición de 'Mejor Valor'. PBM apela la decisión del tribunal de circuito, afirmando que la Junta Escolar no cumplió con los requisitos de la Ley, que requiere que el contrato se adjudique después de una licitación competitiva sellada, a menos que la ley autorice lo contrario. PBM también argumenta que el contrato de la Junta Escolar no está comprendido en ninguna de las subsecciones que prevén un método de adquisición distinto de la licitación competitiva sellada. La Ley describe el proceso para la licitación competitiva sellada, que incluye la adjudicación del contrato al licitador responsable y con menor capacidad de respuesta. PBM afirma que su oferta se ajusta en todos los aspectos materiales a la Invitación a Licitar, lo que la convierte en el licitador menos responsable y receptivo. En última instancia, el tribunal rechazó la posición de la Junta Escolar, al considerar que no cumplieron con la Ley. PBM también alega que la Junta Escolar actuó de manera arbitraria y caprichosa.

[946] Seguido por *NTCH, Inc. v. Fed. Commc'ns Comm'n*, 950 F.3d 871 (D.C. Cir. 2020; *Northstar Wireless, LLC v. Fed. Commc'ns Comm'n,* 38 F.4th 190 (D.C. Cir. 2022); *U.S. Postal Serv. v. Postal Regulatory Comm'n*, 963 F.3d 137 (D.C. Cir. 2020).

[947] NTCH, Inc. está impugnando tres decisiones tomadas por la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, por sus siglas en inglés) relacionadas con las licencias de Dish Network Corporation en la banda AWS-4. La FCC modificó las licencias de Dish para permitir que la compañía desarrollara una red terrestre independiente, renunció a ciertas restricciones técnicas y estableció los procedimientos para la Subasta 96. Las peticiones de NTCH para la revisión de estas decisiones fueron denegadas, y se le pidió a la FCC que considerara las impugnaciones de NTCH a las órdenes de exención en cuanto al fondo. El tribunal finalmente concluyó que la decisión de la FCC de modificar las licencias de Dish no fue "arbitraria, caprichosa, un abuso de discreción o de otra manera no conforme a la ley", pero devolvió el tema de las exenciones a la FCC para su posterior consideración. También se rechazó la impugnación de NTCH a los procedimientos de la Subasta 96.

[948] Seguido por *LTMC/Dragonfly, Inc. v. Metropolitan Washington Airports Authority*, 699 F. Supp. 2d 281 (D.D.C. 2010; *Republican Nat'l Comm. v. Pelosi*, 602 F. Supp. 3d 1 (D.D.C. 2022); *The Cherokee Nation v. United States Dep't of Interior*, Civil Action 20-2167 (TJK) (D.D.C. Nov. 23, 2022); *Kerpen v. Metro. Wash. Airports Auth*., 260 F. Supp. 3d 567 (E.D. Va. 2017); *Eco Tour Adventures, Inc. v. Jewell*, 174 F. Supp. 3d 319 (D.D.C. 2016).

[949] Seguido por *Debcon v. City of Glasgow,* 305 Mont. 391 (Mont. 2001; *Hickey v. Baker School District No. 12*, 313 Mont. 162 (Mont. 2002); *Morton v. Lanier,* 311 Mont. 301 (Mont. 2002); *Kent v. City of Columbia Falls*, 379 Mont. 190 (Mont. 2015); *Vainio v. State*, 378 Mont. 542 (Mont. 2015); *The EState Donald v. Kalispell Reg'l Med. Ctr.*, 361 Mont. 179 (Mont. 2011); *The Estate of Donald v. Kalispell Regional Medical Center*, 2011 MT 166 (Mont. 2011); *Gonzales v. City of Bozeman*, 352 Mont. 145 (Mont. 2009); M.*K. Weeden Constr., Inc. v. Montana,* CV 13-49-H-CCL (D. Mont. Sep. 4, 2013); *Robb V. State Farm Mutual Automobile Insurance Company,* Cause No. CV 06-15-M-JCL (D. Mont. Oct. 23, 2006); *Reier Broadcasting Co. v. Msu-Bozeman*, 328 Mont. 471 (Mont. 2005).

[950] LTMC/Dragonfly, Inc. presentó una demanda contra la Autoridad de Aeropuertos Metropolitanos de Washington (MWAA, por sus siglas en inglés) por no seleccionarlos para una concesión de taxis en el Aeropuerto Internacional Washington Dulles. La MWAA intentó desestimar el caso, argumentando que LTMC no tenía legitimación, que la Ley de Habilitación no autoriza las acciones de protesta de licitación y que el caso estaba prohibido por la doctrina de los laches. Sin embargo, el tribunal determinó

estaba legitimado para impugnar el proceso de contratación, mientras que en *Debcon*[951], el tribunal determinó que el demandante tenía derecho a una indemnización por daños y perjuicios después de haber sido rechazado del proceso de licitación.

Por último, en el caso *Office Design Grp. v. United States*, 951 F.3d 1366 (Fed. Cir. 2020)[952] se analiza la evaluación de las ofertas en un proceso de contratación pública, que es similar a la situación en nuestra investigación[953].

En el campo de las licitaciones y contratos públicos, varios casos judiciales han establecido directrices cruciales. Los casos de *Byrne & Jones y Harrison*, por ejemplo, abordan la legitimidad de un licitador no seleccionado para impugnar una adjudicación. En *Byrne & Jones,* la atención se centró en asegurar una competencia justa y equitativa, mientras que *Harrison* resaltó la importancia de la veracidad en el proceso de contratación. Paralelamente, *Prof'l Bldg. Maint. Corp.*

---

que LTMC sí tenía legitimación y que la demora en la presentación de la demanda no impedía el caso. El tribunal dictaminó que la Ley Habilitante no permite daños y perjuicios. LTMC alega que MWAA no siguió un proceso justo y abierto en la adjudicación de los contratos de concesión, y que su oferta debería haber sido seleccionada. Afirman que la evaluación de las ofertas por parte de la MWAA fue arbitraria y caprichosa, y que un conflicto de intereses contaminó el proceso. Específicamente, LTMC alega que un cabildero contratado por uno de los licitadores ganadores, Dulles Airport Taxi, Inc. (DAT), tenía una relación con el presidente de la junta de MWAA, lo que influyó en el proceso de selección. LTMC también afirma que MWAA evaluó indebidamente la propuesta de DAT, a pesar de la problemática historia de la empresa. LTMC llevó a cabo todas las protestas y apelaciones administrativas antes de presentar la demanda.

[951] Debcon, Inc. presentó una demanda contra la ciudad de Glasgow y Delta Engineering, Inc., alegando negligencia en la adjudicación de un contrato de construcción. Debcon afirma que la Ciudad y Delta no siguieron sus propias especificaciones de licitación y que Delta hizo declaraciones falsas en sus recomendaciones a la Ciudad. Delta argumenta que no tenía ningún deber de cuidado con Debcon, como ajena al contrato entre Delta y la Ciudad. El Tribunal de Distrito otorgó un juicio sumario a favor de Delta, concluyendo que Delta no tenía ningún deber de cuidado hacia Debcon. Debcon apela esta decisión, argumentando que Delta tiene un deber de cuidado con los licitadores públicos competitivos. El Tribunal revisa la orden de juicio sumario *de novo*, utilizando los mismos criterios aplicados por el Tribunal de Distrito. La Corte discute el precedente legal para el caso, señalando que la ley relativa a los contratos de obras públicas está bien establecida en Montana. También describe las condiciones bajo las cuales se acumula un reclamo de reparación y los requisitos para un reclamo exitoso por negligencia. En última instancia, el Tribunal está de acuerdo con Debcon en que la ley relativa a la imposición de un deber en estas circunstancias está bien establecida en Montana, pero concluye que Delta no tenía un deber de cuidado con Debcon. El intento de Debcon de enmendar su queja para incluir una reclamación de mala fe también fue rechazado.

[952] Seguido por *Vectrus Systems Corp. v. United States*, No. 20-2053C (Fed. Cl. Apr. 23, 2021); *Harmonia Holdings Grp. v. United States*, 999 F.3d 1397 (Fed. Cir. 2021); *Taahut v. United States*, 2020-1726 (Fed. Cir. Mar. 11, 2021); *Wellpoint Military Care Corp. v. United States*, 953 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2020); *Agile-Bot II, LLC v. United States,* No. 21-1529C (Fed. Cl. Sep. 4, 2021); *Sophion Bio Science, Inc. v. United States,* No. 21-1065 (Fed. Cl. June 25, 2021); *Logistics Health, Inc. v. United States*, No. 21-759 (Fed. Cl. June 11, 2021); *Caci, Inc.-Federal v. United States*, 67 F.4th 1145 (Fed. Cir. 2023); *Obsidian Sols. Grp. v. United States*, 54 F.4th 1371 (Fed. Cir. 2022); *Sys. Studies & Simulation v. United States*, CAE U.S., No. 2021-1469 (Fed. Cir. Dec. 30, 2021); Sys. Studies & Simulation, Inc. v. United States, Cae U.S. Inc., 22 F.4th 994 (Fed. Cir. 2021); *10 Tanker Air Carrier, LLC v. United States*, No. 21-1084 (Fed. Cl. Aug. 27, 2021); *22nd Century Techs. v. United States*, No. 21-1137C (Fed. Cl. July 21, 2021),

[953] El caso de *Office Design Grp. v. United States* gira en torno a la emisión de cinco RFP por parte del VA para mobiliario sanitario y servicios relacionados. ODG presentó una propuesta para las cinco regiones, pero se le asignó una calificación inaceptable por su propuesta técnica, lo que la hizo inelegible para la adjudicación. ODG presentó una protesta de licitación ante la GAO, alegando que el VA evaluó de manera irrazonable y dispar su propuesta técnica. Después de que la GAO negara la protesta, ODG presentó una protesta de licitación ante el Tribunal de Reclamaciones, que también rechazó la moción. ODG apeló ante el Circuito Federal, argumentando que el VA se desvió injustificadamente de los términos de la RFP y evaluó de manera dispar su propuesta técnica. El Circuito Federal rechazó ambos argumentos, señalando que la propuesta de ODG era sustancialmente distinguible de otras propuestas, y confirmó la decisión del Tribunal de Reclamaciones.

y NTCH, Inc. subrayaron la necesidad de adherirse estrictamente a los requisitos establecidos en las invitaciones a licitar, enfatizando que las autoridades contratantes deben excluir ofertas que no cumplan con estos criterios.

Además, los casos de *LTMC/Dragonfly y Debcon* ofrecieron perspectivas sobre los derechos y recursos de los participantes en las licitaciones de obras públicas. En *LTMC/Dragonfly* se reconoció la legitimidad de los licitadores para impugnar los procesos de licitación, mientras que en *Debcon* se estableció la posibilidad de compensación por daños y perjuicios para los licitadores excluidos injustamente. Por último, el caso de *Office Design Grp.* proporcionó orientación sobre la evaluación de ofertas en los procesos de contratación pública, destacando la necesidad de un escrutinio detallado y justo de todas las propuestas presentadas. Estos casos colectivamente iluminan las complejidades legales y las normativas que rigen las licitaciones y contrataciones públicas, ofreciendo lecciones valiosas para situaciones similares.

F). Caso de la reclamación de honorarios legales por parte de un licitante. (Sentencia X ZR 143/10)

a). Antecedentes del Caso

La demandante reclama los honorarios de abogados como indemnización después de que un proceso de adjudicación realizado por la demandada, en el que ella participó, fuera cancelado debido al uso de criterios de evaluación contrarios a la ley de contratación pública.

En el procedimiento de licitación abierto, el demandado ofreció servicios de salvamento para un período determinado. El contrato debía ser otorgado a la oferta más ventajosa económicamente. Los documentos de licitación establecían criterios de rentabilidad con ponderaciones asignadas para su evaluación.

Después de que la demandante solicitó los documentos de adjudicación, los remitió a su representante legal actual con una solicitud de revisión. En su carta de queja, señaló que los criterios de idoneidad y rentabilidad se mezclaron en violación de la ley de contratación pública

en el esquema de evaluación de rentabilidad. La demandante retiró su primer recurso de revisión después de ser declarado improcedente por la Sala de Contrataciones Públicas. Posteriormente, presentó una oferta por un lote del contrato anunciado y presentó otra solicitud de revisión, la cual fue exitosa en la instancia de apelación.

En su decisión del 3 de septiembre de 2009 (Laudo R 2009, 933), el panel de contratación pública del Tribunal Regional Superior de Naumburg determinó que el contrato celebrado con otro proveedor para los servicios anunciados era nulo y obligó al demandado a interrumpir el proceso de contratación. El Senado de adjudicación justificó estas medidas principalmente debido a una violación de la separación de criterios de idoneidad y rentabilidad exigida por la ley de contratación pública. Se consideró que al menos los criterios de adjudicación números 2, 3, 5 y 6 estaban relacionados con el licitador, mientras que el criterio número 4 era opaco, lo que significa que la selección de la oferta más barata dependía en un 55% de la persona del licitador, en lugar de su contenido. El Tribunal Superior de Justicia fijó el valor impugnado del procedimiento de revisión en hasta 800.000 euros.

Después de la cancelación del procedimiento de adjudicación, la demandante exigió al demandado el reembolso de 2,3 veces la tarifa según el W 2300 VV-RVG (10.687,15 €) por encargar a su representante legal la revisión de los pliegos antes de iniciar el primer procedimiento de revisión. Ante la negativa del demandado a pagar, la demandante presentó una demanda reclamando esta suma, además de una cantidad de 962,71 € por la afirmación previa al juicio de esta demanda por daños y perjuicios (ambas tasas más IVA). El tribunal regional desestimó la acción, pero el tribunal regional superior lo permitió. Con su apelación admitida por la Corte de Apelaciones, el demandado continúa con su moción de desestimación.

El tribunal de apelación justificó su decisión al afirmar que el demandante tiene derecho a una indemnización por la pérdida de confianza en el procedimiento de adjudicación. El demandante no participó de manera táctica, sino que expresó desde el principio sus quejas sobre los errores contrarios a la ley de contratación pública. La orden de examen procesal no fue un intento de sabotear el procedimiento y los honorarios reclamados no están registrados en otra parte. Después de la decisión del Senado de adjudicación, el demandante tenía derecho a solicitar el reembolso de los costos del procedimiento judicial.

El Tribunal Federal razona que el demandante tiene derecho a reclamar daños y perjuicios según los artículos del Código Civil alemán (241.II[954] y 311.II[955]). El tribunal de contratación pública determinó que el demandado estableció criterios de evaluación contrarios a la ley de contratación pública, lo cual es vinculante en el proceso de compensación de daños. Debido a estas violaciones, el procedimiento de contratación tuvo que ser cancelado, lo cual no está exento de sanciones. Existe una obligación precontractual de considerar los derechos e intereses de la otra parte durante las negociaciones del contrato, incluso en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. La afirmación de que no existía tal obligación con el demandante es infundada, opina el Tribunal Federal.

Cuando las negociaciones se basan en documentos de licitación proporcionados por el licitador, el órgano de contratación debe preparar dichos documentos de acuerdo con la ley de contratación pública. Esto implica evitar establecer criterios económicos que impidan una evaluación adecuada de las ofertas y provoquen la cancelación del procedimiento. Los licitadores tienen un interés protegido en que el cliente público diseñe y lleve a cabo el procedimiento de manera que los costos se utilicen de acuerdo con el propósito de la competencia.

El Tribunal Federal razona que el demandado debe indemnizar al demandante por el daño causado debido a su incumplimiento del deber de consideración (§ 280 Párr. 1 BGB[956]). La responsabilidad por este incumplimiento recae en el deudor responsable. Este Tribunal Federal continúa manifestando que en cuanto a la reclamación de daños y perjuicios basada en la culpa en la iniciación del contrato, la jurisprudencia anterior del Senado requería un elemento adicional de confianza por parte del demandante. Sin embargo, en el caso de compensación de daños después

[954] BGB §241: "(1) En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento del deudor. La actuación también puede consistir en omisión.
(2) Una obligación también puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, intereses legales y otros intereses de la otra parte."
[955] BGB § 311: "(1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
(2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
1. El inicio de las negociaciones del contrato,
2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o
3. Contactos similares de tipo negocial.
(3) Dicha obligación comienza a existir en particular si el tercero, al reclamar que se le otorgue un alto grado de confianza, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en la celebración del contrato."
[956] BGB § 280: (1) Si el deudor incumple una obligación derivada de la relación deudora, el obligante puede exigir una indemnización por el daño causado como consecuencia. Esto no se aplica si el deudor no es responsable del incumplimiento del deber.

de la cancelación de un procedimiento de adjudicación, como en este caso, donde no estaba contemplado por la ley de contratación pública, un licitador puede solicitarla si no pudo confiar en la legalidad del procedimiento o si no se vio involucrado de la manera en que lo hizo. El Senado no considera necesario este requisito adicional de confianza para las reclamaciones de daños y perjuicios basadas en la mala conducta de una autoridad contratante de acuerdo con la ley de contratación pública antes de la celebración del contrato.

Este aspecto es sumamente interesante de discutir. Lo que está proponiendo el Tribunal Federal es desatender el requisito de la confianza detrimental y concentrarse en la mala fe del licitador que mediante su culpa o negligencia genera los danos y perjuicios recurridos. Esta idea la desarrolla puntualmente en los siguientes párrafos de sus fundamentos de derecho (Sentencia X ZR 143/10):

> De acuerdo con la redacción de la disposición legal, la reclamación por daños y perjuicios derivada de la Sección 280 (1)[957] en conjunto con la Sección 241 (2)[958] y la Sección 311 (2) No. 1 BGB[959] está vinculada al incumplimiento de un deber de cuidado en el parte de los intervinientes derivados de la relación contractual. No hay nada que deducir de la disposición legal para respaldar el hecho de que el acreedor sólo debe tener derecho a daños y perjuicios si ha reclamado una confianza adicional en caso de incumplimiento de tal deber de consideración. Para la ley de contratación pública, tampoco es necesario seguir exigiendo la confianza del postor como elemento no escrito de los hechos. Porque esta área se caracteriza porque se regula detalladamente el curso de la negociación del contrato y los deberes de conducta impuestos al cliente. Los deberes de consideración establecidos en la Sección 241 (2)[960] del Código Civil alemán están vinculados a los deberes de conducta resultantes. No precede, pues, alegar como hecho especial la confianza, cuyo cumplimiento podría ser motivo de responsabilidad por culpa en la iniciación de un contrato. En caso de

[957] BGB § 280: (1) Si el deudor incumple una obligación derivada de la relación deudora, el obligante puede exigir una indemnización por el daño causado como consecuencia. Esto no se aplica si el deudor no es responsable del incumplimiento del deber.
[958] BGB §241: "(1) En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento del deudor. La actuación también puede consistir en omisión.
(2) Una obligación también puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, intereses legales y otros intereses de la otra parte."
[959] BGB § 311: "(1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
(2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
1. El inicio de las negociaciones del contrato,
2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o
3. Contactos similares de tipo negocial.
(3) Dicha obligación comienza a existir en particular si el tercero, al reclamar que se le otorgue un alto grado de confianza, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en la celebración del contrato."
[960] BGB §241: "(1) En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento del deudor. La actuación también puede consistir en omisión.
(2) Una obligación también puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, intereses legales y otros intereses de la otra parte."

controversia, no es necesario aclarar en qué medida el hecho de la confianza exigida para las reclamaciones por daños y perjuicios por *culpa in contrahendo* en virtud de la antigua ley sigue siendo relevante para otros grupos de casos que se han desarrollado en el marco de este concepto jurídico.
Dependiendo de las circunstancias de la disputa, lo mismo se aplica a la cuestión de las condiciones bajo las cuales el licitador demandante debe aceptar la negligencia concurrente (§ 254 BGB).[961] (párrafo 15)
El hecho de que la actora no haya podido recibir el contrato licitado por no haber presentado oferta dentro del plazo de licitación no impide su reclamación por daños y perjuicios. De acuerdo con la jurisprudencia del Senado, una excepción al principio de que no sólo el interés en la ejecución, sino también la reclamación por daños y perjuicios basada en el interés negativo sólo está disponible para el postor, puede considerarse en casos de cancelación injustificada del procedimiento de adjudicación, el que si el procedimiento de adjudicación se hubiera desarrollado con normalidad, el contrato debería haberse adjudicado. (Párrafo 16).
Si el licitador confrontado con tales criterios de evaluación consulta a un abogado, las costas resultantes de su contratación son un daño causal adecuado causado par el incumplimiento del deber. Es irrelevante que el licitador no esté seguro de que los documentos de licitación violen la ley de contratación pública al contratar al abogado, pero la experiencia ha demostrado que, como máximo, tendrá dudas al respecto (párrafo 17)
El demandado no puede alegar con éxito que los gastos en cuestión habrían sido incurridos por el demandante si él, el demandado, hubiera actuado de conformidad con la ley de contratación pública. La objeción que en ella se ve, de que el daño alegado se habría producido aun cuando la parte perjudicante hubiera actuado lícitamente (párrafo 19)

Entonces, postula el Tribunal Federal, en este caso, el procedimiento de adjudicación llevado a cabo con un esquema de evaluación contrario a la ley de contratación pública no puede ser comparado con uno que cumpla con los criterios legales. El tribunal no concluyó sobre la responsabilidad del demandado basada en una conducta alternativa lícita, y la apelación no demostró que el tribunal de apelaciones considerara adecuadamente las objeciones del demandado.

La apelación no tiene éxito al impugnar el cálculo de la tarifa reclamada basada en el valor de 800,000 €, ya que corresponde al valor disputado legalmente para los procedimientos de queja. Además, el reembolso de 2.3 veces la tarifa no es cuestionada de manera válida en la apelación. El hecho de que la actividad extrajudicial haya concluido en una fecha específica no indica que el

[961] BGB § 254: negligencia concurrente: (1) Si el daño fue causado por culpa de la parte perjudicada, la obligación de proporcionar una compensación y el alcance de la compensación a pagar depende de las circunstancias, en particular en la medida en que el daño fue causado predominantemente por uno o la otra parte
(2) Esto también se aplica si la culpa de la parte perjudicada se limita al hecho de que no llamó la atención del deudor sobre el riesgo de un daño inusualmente alto, que el deudor no sabía ni tenía que saber, o que no pudo evitar o mitigar el daño. La disposición de la Sección 278 se aplica en consecuencia.

asunto fuera pequeño en alcance o dificultad. El procedimiento de contratación exige presentar quejas inmediatas sobre las violaciones de la ley y alienta a los abogados a verificar rápidamente los hechos y presentar quejas de inmediato, especialmente cuando se acerca el plazo de oferta.

El Tribunal Federal cuestiona la justificación de una tarifa más alta en los procedimientos de contratación, argumentando que la dificultad superior a la media es discutible. Los litigios en este campo varían en alcance y dificultad, por lo que asignar una tarifa generalmente más alta no es apropiado. También se destaca la importancia de considerar la especialización en servicios jurídicos y no medir el esfuerzo solo por los problemas surgidos en la revisión posterior. La apelación no demuestra que se hayan ignorado los argumentos del demandado.

Además, el hecho de que los honorarios en el procedimiento de contratación sean más altos que los costos en la revisión no respaldan la apelación. La apelación no tiene éxito al oponerse al impuesto sobre las ventas adeudado sobre los honorarios. No hay documentación disponible sobre las decisiones del tribunal de distrito o la sentencia de apelación, y no se alega que se hayan ignorado las objeciones del demandado.

En conclusión, el Tribunal Federal asume que la parte demandante tenía derecho a solicitar daños y perjuicios porque el solicitante incurrió en violaciones a la ley de licitación, de modo que los gastos incurridos por el licitador (léase honorarios profesionales) derivan de la culpa del solicitante en el contexto de su violación a la ley de licitación mencionada. El Tribunal Federal hace mención a una violación al deber de cuidado de la parte solicitante, de modo que el razonamiento desplegado en esta resolución se condice con la doctrina de los *torts*, o sea de la responsabilidad extracontractual.

b). Análisis del Caso

Ahora bien, el análisis del caso desde la perspectiva de misrepresentation y luego bajo la doctrina de la culpa in contrahendo (CIC), permite una comparación interesante de cómo ambas doctrinas podrían llegar a un resultado similar en este escenario.

a. Análisis bajo Misrepresentation:

1. Aseveración que no está de acuerdo con los hechos: En el caso, el demandado (la entidad de licitación) no proporcionó criterios de evaluación que estuvieran en línea con la ley de contratación pública. Esto podría interpretarse como una aseveración implícita de que el proceso de licitación se estaba llevando a cabo de manera legal y justa.

2. Aseveración fraudulenta: No hay evidencia de fraude intencional por parte del demandado, pero la falta de claridad y la violación de las normas legales podrían interpretarse como un engaño implícito.

3. Confianza en la aseveración: El demandante confió en que el proceso de licitación se llevaría a cabo de acuerdo con la ley de contratación pública, lo cual es una expectativa razonable.

4. Justificación de la confianza del receptor: La confianza del demandante en la legalidad y justicia del proceso de licitación estaba justificada dadas las normas y expectativas en los procesos de licitación.

b. Análisis bajo CIC:

1. Deber de Informar (CIC): Bajo la CIC, hay un deber de cuidado e información durante las etapas precontractuales. El demandado tenía el deber de asegurar que el proceso de licitación se llevara a cabo de acuerdo con las normas legales y proporcionar información clara y precisa a los licitadores.

2. Confianza suscitada y defraudada: El demandante confió en la legalidad del proceso de licitación. La falta de cumplimiento de las normas de contratación pública por parte del demandado constituye una violación del deber de cuidado precontractual.

3. Daño causado: El Tribunal determinó que el demandante sufrió daños debido a la violación de las normas de licitación por parte del demandado, lo cual es una violación del deber precontractual de cuidado y de información.

c. Conclusión:

En este caso, tanto bajo la teoría de misrepresentation como bajo la CIC, se llega a la conclusión de que el demandado incurrió en una falta al no conducir el proceso de licitación de acuerdo con la ley de contratación pública. Bajo misrepresentation, esto se interpreta como una aseveración implícita que no está de acuerdo con los hechos y que llevó a un daño al demandante.

Bajo la CIC, el incumplimiento del deber de cuidado e información durante la fase precontractual resultó en daños compensables. En ambos casos, el demandante confió en la legalidad del proceso de licitación y sufrió daños como resultado de las acciones del demandado.[962]

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que una demanda por tergiversación puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el demandado violó la ley de contratación pública al utilizar criterios inadecuados en el proceso de adjudicación, y que el demandante resultó perjudicado como resultado.

Los casos que son más relevantes para nuestra investigación generalmente discuten disputas sobre procesos de contratación pública. Por ejemplo, en el caso *Safeguard Base Operations, LLC v. United States*, 989 F.3d 1326 (Fed. Cir. 2021)[963], el tribunal concedió una indemnización por daños y perjuicios al demandante tras determinar que el gobierno había violado la legislación sobre contratación pública al utilizar criterios inadecuados para cancelar un proceso de contratación[964].

De manera similar, en *Labatt Food Serv. v. U.S.,* 577 F.3d 1375 (Fed. Cir. 2009)[965], el tribunal determinó que el gobierno violó la ley de adquisiciones al no adherirse al método de

[962] En el anexo III se realiza el análisis de este caso bajo la perspectiva del Promissory Estoppel.

[963] Seguido por *M Nicolas Enters. v. The United States*, 20-cv-691C (Fed. Cl. Sep. 1, 2021); *Wavelink, Inc. v. United States*, No. 20-749C (Fed. Cl. June 24, 2021); *Thaler v. Vidal*, 43 F.4th 1207 (Fed. Cir. 2022*); Santana ex rel. Santana v. United States*, No. 16-1703C (Fed. Cl. July 28, 2021); *Senegal v. United States*, No. 21-1138C (Fed. Cl. June 25, 2021).

[964] El caso *Safeguard Base Operations, LLC v. United States* se refiere a una protesta de licitación que involucra una reclamación contractual implícita de hecho en el contexto de la contratación. Safeguard, el demandante-apelante, argumenta que fueron injustamente descalificados del proceso de licitación por omitir información sobre precios que, según afirman, no era requerida por la solicitud. El Tribunal de Reclamaciones falló a favor de los demandados, B&O y los Estados Unidos, concluyendo que la solicitud sí requería la información y que la omisión era material. El Tribunal de Apelaciones confirmó la decisión del Tribunal de Reclamaciones y dictaminó que el Tribunal de Reclamaciones tenía jurisdicción sobre las reclamaciones de incumplimiento de un contrato de hecho implícito en el contexto de la contratación. En el caso también se analizan las tres decisiones de selección de fuentes adoptadas por el Gobierno, las protestas posteriores presentadas por Safeguard y los procedimientos del Tribunal de Reclamaciones. Además, aclara los estándares de revisión aplicados por la Corte de Apelaciones, el razonamiento detrás de la decisión de la Corte y la importancia de la información de precios omitida. Por último, el documento proporciona información sobre las inconsistencias entre la Solicitud y la Pregunta y Respuesta 9, los argumentos de Safeguard contra la decisión de la Agencia de descalificarlos y la negativa del Tribunal de Reclamaciones Federales a considerar las alegaciones de parcialidad.

[965] Bluestar Energy Servs. Inc. v. United States, No. 11-460C (Fed. Cl. Sep. 22, 2011); Bluestar Energy Services, Inc. v. U.S., Nos. 11-460C and 11-461C (Fed. Cl. Sep. 22, 2011); Clinicomp Int'l, Inc. v. United States, 904 F.3d 1353 (Fed. Cir. 2018); ICP Northwest, LLC v. United States, No. 10-869C (Fed. Cl. Mar. 23, 2011); Digitalis Education Solutions, Inc. v. U.S., No. 10-855 (Fed. Cl. Feb. 11, 2011); Kinemetrics, Inc. v. United States, No. 21-1626 (Fed. Cl. Sep. 10, 2021); GTA Containers, Inc. v. United States, No. 11-606C (Fed. Cl. Feb. 22, 2012); Brooks Range Contract Servs. Inc. v. United States, No. 11-700 C (Fed. Cl. Dec. 19, 2011); Joint Venture of Comint Sys. v. United States, No. 11-400 C (Fed. Cl. Dec. 19, 2011); Castle-Rose, Inc. v. U.S., No. 11-163C (Fed. Cl. June 28, 2011); Commissioning Solutions Global, LLC v. U.S., No. 10-249 C (Fed. Cl. Jan. 21, 2011); Allied Technology Group, Inc. v. U.S., No. 10-120C (Fed. Cl. July 2, 2010); Coastal International Security, Inc. v. U.S., No. 09-667C (Fed. Cl. June 30, 2010); Magnum Opus Technologies, Inc. v. U.S., Nos. 10-106C, 10-127C (consolidated) (Fed. Cl. May 28, 2010); Usfalcon, Inc. v. U.S., No. 09-602C (Fed. Cl. May 4, 2010); Camden Shipping Corporation v. U.S., No. 09-600 C (Fed. Cl. Oct. 15, 2009); Sekri, Inc. v. United States, 34 F.4th 1063 (Fed. Cir. 2022); Tinton Falls Lodging Realty, LLC v. United States,

transmisión prescrito en la solicitud. Estos casos sugieren que una demanda por tergiversación puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el demandado violó la ley de adquisiciones al usar criterios inadecuados en el proceso de adjudicación[966].

Sin embargo, algunas autoridades sugieren que se puede impedir que el demandante interponga una demanda de esa índole si existe una disposición de recurso exclusivo en la ley de contratación pública de que se trate. Por ejemplo, en *J S Services, Inc. v. Tomter*, 139 P.3d 544 (Alaska 2006)[967], el tribunal sostuvo que la disposición de recurso exclusivo en el Código de Adquisiciones del Estado de Alaska prohibía al demandante demandar al estado y a un funcionario de adquisiciones estatales por daños monetarios[968].

---

800 F.3d 1353 (Fed. Cir. 2015); Orion Tech., Inc. v. United States, 704 F.3d 1344 (Fed. Cir. 2013); Virgin Islands Paving, Inc. v. United States, No. 11-687C (D.C. Cir. Jan. 31, 2012); Sci. Applications Int'l Corp. v. United States, No. 11-690 C (D.C. Cir. Jan. 9, 2012); Three S Consulting v. United States, No. 10-583C (Fed. Cl. Apr. 27, 2012); Distributed Solutions, Inc. v. United States, No. 06-466 C (Fed. Cl. Apr. 13, 2012); Elec. On-Ramp, Inc. v. United States, No. 12-22 C (Fed. Cl. Mar. 28, 2012); URS Fed. Servs. Inc. v. United States, No. 11-790 (Fed. Cl. Dec. 30, 2011); Akal Sec. Inc. v. United States, No. 11-562C (Fed. Cl. Dec. 29, 2011); Seaborn Health Care, Inc. v. U.S., Nos. 11-489C 11-500C (Fed. Cl. Oct. 11, 2011); Defense Technology, Inc. v. U.S., No. 11-111C (Fed. Cl. June 14, 2011); Dow Electric, Inc. v. U.S., No. 10-883C (Fed. Cl. June 2, 2011); Vanguard Recovery Assistance v. U.S., No. 11-39C (Fed. Cl. May 27, 2011); Hallmark-Phoenix 3, LLC v. United States, No. 11-98C (Fed. Cl. May 24, 2011); Watterson Construction Company v. U.S., No. 10-587C (Fed. Cl. Mar. 29, 2011); Google, Inc. v. U.S., No. 10-743C (Fed. Cl. Jan. 4, 2011); Bannum, Inc. v. U.S., No. 10-479C (Fed. Cl. Dec. 28, 2010); Planners Collaborative, Inc. v. U.S., No. 10-476 (Fed. Cl. Nov. 3, 2010); Ereh Phase I LLC v. United States, No. 10-560 C (Fed. Cl. Nov. 3, 2010); entre otros.

966 El caso No. 2009-5017, *Labatt Food Serv. v. U.S*., gira en torno a un contrato para un servicio de distribución de alimentos de línea completa para instalaciones militares y otros clientes autorizados en el área de Texas/Oklahoma. Tres empresas presentaron ofertas competitivas, pero después de revisar las propuestas, el Centro de Suministros de Defensa de Filadelfia (DSC) solicitó información adicional. Las tres empresas respondieron por correo electrónico, que no era el método de transmisión prescrito. DSC adjudicó el contrato a USF, pero Labatt presentó protestas. DSC tomó medidas correctivas, pero Labatt fue eliminado de la competencia por presentar una respuesta tarde. Labatt presentó una protesta posterior a la adjudicación de la oferta, que fue concedida, pero Estados Unidos apeló. El tribunal finalmente dictaminó que Labatt carecía de legitimación para impugnar la adjudicación debido a la falta de prejuicio, y distinguió entre las dos irregularidades en el proceso de licitación, argumentando que la presentación tardía de Labatt era un problema más grave.

967 Seguido por *Bachner Co. v. Weed*, 315 P.3d 1184 (Alaska 2014); *Weed v. Bachner Co*., 230 P.3d 697 (Alaska 2010); *Bachner Co. v. State*, 387 P.3d 16 (Alaska 2016); *Mills v. Hankla*, 297 P.3d 158 (Alaska 2013); *Olson v. O'Brien,* No. 14-35795 (9th Cir. Aug. 15, 2016); *Skagway Jewelry Co. v. Westmark Hotels, Inc*., No. 1:16-cv-00005 RRB (D. Alaska July 8, 2016); *Alaska Rent-A-Car, Inc. v. Cendant Corp*., No. 3:03-cv-00029-TMB (D. Alaska July 27, 2007); *Kanuk v. State*, 335 P.3d 1088 (Alaska 2014); Kanuk ex rel. Kanuk v. State, Dep't of Natural Res., 335 P.3d 1088 (Alaska 2014); *Weeks v. Houston, Supreme Court* No. S-14591 (Alaska Jan. 30, 2013); *Powercorp Alaska, LLC v. Alaska Energy Auth.,* 290 P.3d 1173 (Alaska 2013); Pow*ercorp Alaska, LLC v. Alaska Energy Auth.,* Supreme Court No. S-13729 (Alaska Oct. 12, 2012); *Estate of Mickelsen v. North-Wend Foods, Inc.,* 274 P.3d 1193 (Alaska 2012); *Maddox v. Hardy*, 187 P.3d 486 (Alaska 2008); *Alii Sec. Sys., Inc. v. Prof'l Sec. Consultants*, 383 P.3d 104 (Haw. Ct. App. 2016).

968 En este caso entre J S Services, Inc. y Tomter, J S Services alega que Tomter incurrió en una mala conducta intencional durante el proceso de adquisición. El Departamento de Recursos Naturales emitió una solicitud de propuestas (RFP, por sus siglas en inglés) para arrendar un avión para combatir incendios, con Tomter como gerente del proyecto. Aunque J S Services fue la única compañía que respondió antes de la fecha límite original, el departamento extendió la fecha límite y Tomter solicitó propuestas adicionales. J S Services afirma que Tomter se quejó de ellos a otra empresa y se comunicó con Torrison (amigo y propietario de Toram) durante el proceso de evaluación de la oferta. El departamento finalmente adjudicó el contrato a Toram, lo que J S Services protestó. El departamento negó la protesta, pero el comisionado de administración concedió una audiencia probatoria. El oficial de audiencias no encontró ninguna irregularidad real, pero el tribunal de apelaciones dictaminó que la disposición de recurso exclusivo no impedía a J S Services continuar con su queja contra Tomter individualmente. El tribunal también abordó la posibilidad de que J S Services pudiera tener una demanda viable contra Tomter por interferencia intencional en las relaciones comerciales o misrepresentation intencional.

De manera similar, en *A.F. Lusi Construction, Inc. v. Rhode Island Convention Center Authority*, 934 A.2d 791 (R.I. 2007)[969], el tribunal determinó que las reclamaciones del demandante estaban prohibidas por la disposición de recurso exclusivo de la Ley de Compras del Estado de Rhode Island. Estos casos sugieren que el demandante tal vez tenga que considerar si la ley de contratación pública en cuestión contiene una disposición de recurso exclusivo que podría impedir una demanda por tergiversación[970].

G. Caso del automóvil con kilometraje adulterado. Sentencia VIII ZR 38/09

a). Antecedentes del Caso

La VIII Cámara Civil de la Corte Federal de Justicia rechazó las apelaciones de los demandados contra la sentencia del 1er Senado Civil del Tribunal Regional Superior de Naumburg, emitida el 15 de enero de 2009. La audiencia oral, presidida por el presidente Ball y con la participación de los jueces Dr. Milger, Dr. Hessel, Dr. Aquiles, tuvo lugar el 16 de diciembre de 2009.

En el caso en cuestión, el demandante (el comprador de un carro usado) reclama indemnización por daños y perjuicios debido a la compra de un automóvil Audi A6. El vehículo fue adquirido el 21 de marzo de 2004 por 4.500 € al primer demandado, quien era un concesionario de automóviles usados.

En el contrato de venta, se escribió a mano "201.000 km" debajo del texto preformulado "Kilometraje total según la información proporcionada por el propietario anterior". Esto

---

[969] Seguido por *Senra v. Town of Smithfield*, 715 F.3d 34 (1st Cir. 2013); *R.I. Econ. Dev. Corp. v. Wells Fargo Sec*., LLC, C.A. No. PB-12-5616 (R.I. Super. Aug. 28, 2013); *Rhode Island Economic Development Corporation v. Wells Fargo Securities, LLC*, C.A. PB-12-5616 (R.I. Super. Aug. 28, 2013); *Doe v. Brown Univ.,* 253 A.3d 389 (R.I. 2021); *Tucker Estates v. Charlestown*, 964 A.2d 1138 (R.I. 2009); *Rompf v. Int'l Tennis Hall of Fame, Inc., C.*A. No. NC-2016-0053 (R.I. Super. Aug. 25, 2016); *Rhode Island Res. Recovery Corp. v. Brien*, C.A. No. PB 10-5194 (R.I. Super. July 16, 2012); F. *Saia Restaurants, LLC v. Pat's Italian Food to Go, Inc.,* C.A. No. PB 12-1294 (R.I. Super. May 5, 2012); *McKenna v. Curtin*, Civil No. 16-cv-108-LM (D.R.I. Nov. 29, 2016); *State v. Lead*, 951 A.2d 428 (R.I. 2008); *Gemma v. Sweeney*, C.A. No. PC-2018-3635 (R.I. Super. Oct. 15, 2019); *Boron ex rel. CVS Health Corp. v. Bracken,* C.A. No. PC-2017-4398 (R.I. Super. Apr. 29, 2019); *W.H.I., Inc. v. Courter*, C.A. No. WC-2015-0463 (R.I. Super. July 24, 2017); *Gordon v. Ryan*, C.A. No. PB 12-3098 (R.I. Super. Oct. 1, 2013); *Maron Constr. Co. v. Iron Constr. Grp., LLC*, C.A. No. PB-12-5409 (R.I. Super. Apr. 29, 2013); *Krupinski v. Deyesso*, C.A. No. PB 07-3484 (R.I. Super. Apr. 12, 2012); *Brookenick Development Co. v. Bruce*, C.A. No. PC-2008-2285 (R.I. Super. Aug. 20, 2009).

[970] A.F. Lusi Construction, Inc. presentó una demanda verificada de cinco cargos contra la Autoridad del Centro de Convenciones de Rhode Island, alegando varias violaciones de la Ley de Compras Estatales, el derecho consuetudinario y la Constitución de Rhode Island. La demanda del demandante incluye acusaciones de solicitud indebida de ofertas, conflicto de intereses y el hecho de que el demandado no descalificó a las empresas que participaron en un estudio de factibilidad. El demandado solicitó que se desestimara la demanda, argumentando que la Ley de Compras del Estado no se aplica a los proyectos de construcción y que el demandante carecía de legitimación. El juez de moción desestimó la demanda, encontrando que el demandado no estaba obligado a seguir la Ley de Compras del Estado y que el demandante carecía de legitimación. El demandante apeló, argumentando que la Ley de Compras del Estado sí se aplica y que la Constitución de Rhode Island crea una causa privada de acción para medidas cautelares.

correspondía al kilometraje mostrado en el velocímetro en el momento de la celebración del contrato. El propietario original y el primer demandado, que había estado registrado como propietario desde el 16 de febrero de 2004, eran los únicos propietarios aparentes en el documento de registro del vehículo. Sin embargo, este último adquirió el vehículo a través del segundo demandado, un intermediario, y a su vez, el intermediario lo adquirió de un propietario anterior que no estaba registrado en el documento de matriculación del vehículo. El demandante no fue informado de estas circunstancias al momento de la compra.

El demandante condujo el automóvil durante 21.000 km y lo vendió en noviembre de 2006 por 1.500 €. Argumenta que los demandados deberían haberle informado sobre la compra del vehículo a un intermediario no especificado. En ese caso, no habría confiado en el kilometraje de 201.000 km indicado en el cuentakilómetros y, por lo tanto, no habría comprado el vehículo. El kilometraje real del automóvil en el momento de la compra era de más de 340.000 km.

El demandante solicita una indemnización de 7.009,39 €, que incluye el reembolso del precio de compra, los gastos de reparación menos el producto de la venta y el pago de las prestaciones dispuestas, más intereses.

Inicialmente, el Tribunal de Distrito rechazó la demanda, pero en respuesta al recurso del demandante, la Audiencia Nacional otorgó la demanda por un monto de 6.754,24 € más intereses. Posteriormente, se rechazó el nuevo recurso presentado. Los demandados, mediante los recursos admitidos por la Corte de Apelaciones, buscan revertir la sentencia de primera instancia y obtener su restitución; sin embargo, las apelaciones de los demandados resultaron ser infructuosas puesto que el Tribunal Federal de Justicia convalidó la sentencia original del a quo.

La Corte de Apelaciones fundamentó su decisión de la siguiente manera en relación al procedimiento de apelación:

El segundo demandado está obligado a pagar daños y perjuicios al demandante por *culpa in contrahendo* (artículo 280 inciso 1[971] en conjunción con el artículo 311 inciso 2 del Código Civil alemán[972]). Esto se debe a que no proporcionó detalles sobre los dos demandados durante las

[971] BGB § 280: (1) Si el deudor incumple una obligación derivada de la relación deudora, el obligante puede exigir una indemnización por el daño causado como consecuencia. Esto no se aplica si el deudor no es responsable del incumplimiento del deber.

[972] BGB § 311: "(1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
(2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
1. El inicio de las negociaciones del contrato,
2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o

negociaciones del contrato ni en el documento de registro del vehículo, donde figuraba un propietario anterior llamado "A." La responsabilidad del segundo demandado se basa en la llamada responsabilidad del tutor.

Como vendedor de automóviles usados, el segundo demandado tiene la obligación, en el marco de una relación contractual, de notificar al comprador, sin ser preguntado, cualquier defecto importante que conozca y que no sea evidente para el comprador (Sección 311(3) del Código Civil alemán[973]). La falta de información sobre uno de los propietarios anteriores que no aparece en el documento de matriculación del vehículo tiene un efecto negativo en el valor del automóvil y en la decisión de compra del interesado. El segundo demandado incumplió deliberadamente esta obligación de información, lo cual causó el daño reclamado por el demandante.

El primer demandado también es responsable de la cantidad reclamada, ya que debe aceptar la culpa del segundo demandado como su agente indirecto y es solidariamente responsable con él (Sección 278 del Código Civil alemán[974]).

La evaluación realizada por la Corte de Apelaciones se mantiene dentro de los límites de la revisión legal, por lo que el Tribunal Federal rechaza las revisiones presentadas. En cuanto a la admisibilidad de las revisiones, el Tribunal de Apelaciones limitó las revisiones al motivo de la pretensión de daños y perjuicios alegada por el demandante. Esto se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia. El tribunal desestimó los recursos en relación con la cuestión de la *culpa in contrahendo* y la obligación del vendedor de automóviles usados de revelar información sobre propietarios anteriores no registrados. Estas cuestiones se refieren únicamente al fundamento de la demanda y pueden restringirse en la admisión a apelación según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia.

El tribunal de apelaciones determinó que los demandados son solidariamente responsables de pagar daños y perjuicios al demandante, ya que no proporcionaron información sobre un intermediario desconocido durante las negociaciones del contrato. La obligación de informar durante las negociaciones contractuales se basa en la jurisprudencia del Tribunal Federal de

3. Contactos similares de tipo negocial.
(3) Dicha obligación comienza a existir en particular si el tercero, al reclamar que se le otorgue un alto grado de confianza, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en la celebración del contrato."

[973] BGB §311.III.

[974] BGB § 278: Responsabilidad del deudor frente a terceros: El deudor es responsable de la culpa de su representante legal, y de las personas de cuyos servicios recurre para cumplir con su obligación, en la misma medida en que es responsable de la culpa de su parte. No se aplica lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 276.

Justicia. Además, el tribunal consideró que la falta de aclaración fue la causa del daño sufrido por el demandante. También se afirmó que una exclusión de responsabilidad acordada contractualmente era inválida debido a la falta de aclaración intencional. Las revisiones presentadas contra estas conclusiones fueron consideradas infundadas. El Tribunal Federal convalidó la sentencia del a quo.

b). Análisis del Caso

Ahora bien, analizaremos este caso tanto bajo la teoría del misrepresentation como bajo la doctrina de la culpa in contrahendo (CIC):

a. Análisis bajo Misrepresentation:

1. Aseveración Fáctica Falsa: La aseveración de que el kilometraje del vehículo era de 201.000 km, cuando en realidad era superior a 340.000 km, se considera una aseveración falsa[975].

2. Fraude o Engaño: El hecho de que el primer demandado y el intermediario no revelaran la existencia de un propietario anterior no registrado en el documento de matriculación podría interpretarse como un engaño o fraude.

3. Confianza en la aseveración: El demandante confió en la aseveración del kilometraje y en la información proporcionada sobre los propietarios anteriores del vehículo al momento de la compra.

4. Justificación de la confianza: La confianza del demandante era justificada, ya que normalmente se espera que los detalles proporcionados sobre un vehículo sean precisos y completos.

b. Análisis bajo CIC:

1. Deber de Informar (CIC): Bajo la CIC, se establece un deber de informar durante las etapas precontractuales. Los demandados tenían la obligación de revelar cualquier información significativa que pudiera afectar la decisión de compra del demandante, incluyendo el kilometraje real del vehículo y la existencia de un intermediario.

[975] Moura Vicente menciona la "prestación de informaciones falsas o inexactas", que se traduce como "provisión de información falsa o inexacta". (Moura Vicente, D. (2009). La Formación De Los Contratos Internacionales. *Boletín Oficial del Estado, Núm. LXI-2*, p. 255).

2. Incumplimiento del Deber de Informar: Los demandados no cumplen con este deber al no revelar la información completa y precisa sobre el historial del vehículo.

3. Daño Resultante del Incumplimiento: El demandante sufrió un daño económico como resultado de este incumplimiento, ya que pagó un precio basado en información falsa y posteriormente vendió el vehículo a un precio menor.

c. Conclusión:

Tanto bajo la teoría de misrepresentation como bajo la CIC, llegamos a la conclusión de que los demandados incurrieron en una falta al no proporcionar información completa y precisa sobre el vehículo. Bajo misrepresentation, esto se interpreta como una aseveración falsa que llevó a un daño al demandante. Bajo la CIC, la falta de cumplimiento del deber de cuidado e información durante la fase precontractual resultó en daños compensables. En ambos enfoques, el demandante confió en la información proporcionada y sufrió daños como resultado de las acciones de los demandados.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que una reclamación por tergiversación relacionada con la venta de un automóvil usado puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el vendedor tergiversó intencionalmente el kilometraje del vehículo con la intención de defraudar al comprador.

Varias de las autoridades encontradas son relevantes para nuestra investigación, ya que abordan reclamos de tergiversación relacionados con la venta de un automóvil usado. Por ejemplo, *Decos v. Jojo Motors, Inc*.[976], 01 C 6646 (N.D. Ill. Apr. 17, 2002)[977], y *Terry v. Whitlock*[978], 102 F. Supp. 2d 661 (W.D. Va. 2000)[979]. En ambos casos se trata de reclamaciones de que el vendedor

[976] Seguido por *Decos v. Jojo Motors, Inc*., 01 C 6646 (N.D. Ill. Apr. 17, 2002; *Citibank (North Dakota) N.A. v. Spatafora*, U.S.B.C. No. 99 B 12196, U.S.D.C. No. 00 CV 3890 (N.D. Ill. Aug. 19, 2002).

[977] Decos presentó una demanda de tres cargos contra Jojo Motors y Teteola Lapite, alegando violaciones de la Ley Federal de Odómetros, el Código de Vehículos de Illinois y la Ley de Veracidad en los Préstamos. Jojo Motors había comprado un Dodge Intrepid de 1994 en una subasta, que tenía problemas de cableado que impedían que el odómetro funcionara correctamente. A pesar de saber esto, Jojo y Lapite certificaron el kilometraje como 138,411 en el contrato de pago a plazos cuando vendieron el automóvil a Decos. Decos no fue notificado de la discrepancia, ni se le entregó una copia del certificado de título. El hecho de que Jojo y Lapite no respondieran a las solicitudes de admisión dio lugar a que se consideraran admitidos hechos clave, y el tribunal concedió la moción de Decos para un juicio sumario sobre la base de las tres leyes antes mencionadas.

[978] Seguido por *Terry v. Whitlock*, 102 F. Supp. 2d 661 (W.D. Va. 2000; *Cartagena-Cordero v. Five Star Cars, LLC*, No. 3:19-cv-1728 (SRU) (D. Conn. Oct. 6, 2020); *Shaghoian v. Aghajani*, 228 F. Supp. 2d 1107 (C.D. Cal. 2002); *Compton v. Altavista Motors, Inc*., 121 F. Supp. 2d 932 (W.D. Va. 2000); *Quinn v. Cherry Lane Auto Plaza*, 153 Wn. App. 710 (Wash. Ct. App. 2009).

[979] April Terry presentó una demanda contra Bobby D. Whitlock, alegando que había violado la Ley Federal de Odómetros, la Ley de Protección al Consumidor de Virginia y la Ley de Veracidad en los Préstamos (TILA). Terry sostuvo que Whitlock había

tergiversó el kilometraje del vehículo al comprador. En ambos casos, el tribunal determinó que el hecho de que el vendedor no revelara información precisa sobre el kilometraje constituía un fraude.

La importancia de la intención de defraudar se enfatiza en *Ioffe v. Skokie Motor Sales*, Inc., 414 F.3d 708 (7th Cir. 2005)[980], que analiza la Ley Federal del Odómetro y el requisito de que el cedente revele el kilometraje del vehículo al cesionario por escrito en el título. El tribunal determinó que la Ley crea un derecho privado de acción contra una persona que no lo hace con la intención de defraudar[981].

El caso de *Mayline Enterprises, Inc. v. Milea Truck Sales Corp*., 641 F. Supp. 2d 304 (S.D.N.Y. 2009)[982] también es relevante, ya que analiza una situación en la que el odómetro del

---

falseado el kilometraje de un Ford Escort que ella había comprado. Según la Orden del Comprador, el kilometraje era de 76,980, pero el kilometraje real era de alrededor de 176,000.
Whitlock argumentó que no se había dado cuenta de que el kilometraje del vehículo era mayor de lo que se había anotado en la Orden del Comprador. Sin embargo, el tribunal consideró que Whitlock tenía un conocimiento constructivo de la discrepancia. Además, Terry alegó que Whitlock había violado la TILA al no hacer "divulgaciones materiales" como lo exigen la ley y la Regulación Z. Finalmente, el tribunal concedió la moción de Terry para un juicio sumario sobre la Ley Federal de Odómetros y los reclamos de TILA.

[980] Seguido por *Yarbrough v. Sales, Inc.,* No. 02 C 7196 (N.D. Ill. Jan. 18, 2006); *Palmer V. Web Industries Inc*., No. CV 04-2362-PCT-SMM (D. Ariz. Jan. 8, 2007); Vang V. Reda Auto Port, No. 04 C 4227 (N.D. Ill. Sep. 20, 2005); *Austin v. Stokes-Craven Holding Corp*., 387 S.C. 22 (S.C. 2010); *Ioffe v. Skokie Motor Sales*, 546 U.S. 1214 (2006); *Bria Health Servs., LLC v. Eagleson*, 950 F.3d 378 (7th Cir. 2020); *United States v. Spears*, 697 F.3d 592 (7th Cir. 2013); *Exelon Generation Co. v. Local 15*, Int'l Bhd. of Elec. Workers, AFL–CIO, 676 F.3d 566 (7th Cir. 2012); *U.S. v. Lafaive*, 618 F.3d 613 (7th Cir. 2010); *Perry v. First Nat. Bank*, 459 F.3d 816 (7th Cir. 2006); *Owens v. Samkle Automotive Inc.,* 425 F.3d 1318 (11th Cir. 2005); *Sec. & Exch. Comm'n v. Lupo Sec*., 21-cv-4027 (N.D. Ill. Jan. 9, 2023); *Garcia v. Volkswagen Grp. of Am.*, Civil Action 1:19-cv-331 (E.D. Va. July 7, 2022); *Holder v. Statement Auto Sales*, 19 CV 1159 (MKB)(RML) (E.D.N.Y. Feb. 18, 2020); *Moxey v. Jimmy Auto Sale LLC*, Civil Action No. 17-4731 (ES) (JAD) (D.N.J. Mar. 28, 2019); *Ricci v. Rohr-Max Inc.,* No. 15 C 6100 (N.D. Ill. Mar. 31, 2017); *Janero v. Norfolk S. Ry. Co.*, CAUSE NO.: 1:13-CV-155-TLS (N.D. Ind. Mar. 15, 2017); *United States v. Navistar Int'l Corp.,* 240 F. Supp. 3d 789 (N.D. Ill. 2017); *Raziev v. Compass Truck Sales, LLC*, No. 13 C 00737 (N.D. Ill. June 7, 2016); *Pyatkova v. Sylena Motorcars,* Civil Action No. 2:15-CV-3263-SDW-SCM (D.N.J. Feb. 2, 2016); *Baxter v. Kawasaki Motors Corp*., 911 F. Supp. 2d 683 (N.D. Ill. 2012); *Mulderink v. RSB Enters., Inc*., No. 10 C 7978 (N.D. Ill. Aug. 2, 2012); *Sterk v. Redbox Automated Retail, LLC,* 806 F. Supp. 2d 1059 (N.D. Ill. 2011); *Koorndyk v. Midway Motor Sales, Inc.,* No. 1:04-cv-333 (W.D. Mich. Aug. 31, 2006); *Harris v. Fletcher Chrysler Products, Inc.* (S.D.Ind. 2006), 458 F. Supp. 2d 748 (S.D. Ind. 2006); *United States v. Abu Marzook*, 412 F. Supp. 2d 913 (N.D. Ill. 2006); *Barrett v. Brian Bemis Auto World,* No. 04 C 50149 (N.D. Ill. Jan. 17, 2006); *Clevenger v. Bolingbrook Chevrolet, Inc*., 401 F. Supp. 2d 878 (N.D. Ill. 2005); Dull V. Arch, No. 05 C 140 (N.D. Ill. July 27, 2005); *In Matter of Consolidated Industries Corp*., No. 98-40533 (Bankr. N.D. Ind. June 19, 2006); *Arellano v. Department of Human Services*, 402 Ill. App. 3d 665 (Ill. App. Ct. 2010); *Hunt v. Mazaharirvesh*, No. A06-2134 (Minn. Ct. App. Dec. 24, 2007); entre otros.

[981] En el Caso No. 04-3083, *Ioffe v. Skokie Motor Sales, Inc*., Garry Ioffe demandó a Sherman Dodge por violar la Ley Federal de Odómetros. Ioffe alegó que Sherman Dodge no había revelado que el automóvil que compró había sido reconstruido y que no le habían mostrado el título del automóvil. Sin embargo, el tribunal de distrito otorgó un juicio sumario a favor de Sherman Dodge, dictaminando que la Ley del Odómetro requiere prueba de la intención de defraudar con respecto al millaje. Ioffe apeló, pero el Tribunal de Apelaciones confirmó el fallo del tribunal de distrito, haciendo hincapié en que la Ley del Odómetro sólo crea un derecho privado de acción cuando la intención fraudulenta del cedente está relacionada con el cuentakilómetros o el kilometraje de un vehículo.

[982] Seguido por *Tianbo Huang v. iTV Media, Inc*., 79 F. Supp. 3d 458 (E.D.N.Y. 2015); *Tradeshift, Inc. v. Smucker Servs. Co.*, 20-cv-3661 (MKV) (S.D.N.Y. Sep. 29, 2021); *Pyskaty v. Wide World of Cars, LLC*, 15 Civ. 1600 (JCM) (S.D.N.Y. Feb. 23, 2016); *Leviton Mfg. Co. v. Reeve*, 942 F. Supp. 2d 244 (E.D.N.Y. 2013); *Leonard v. Abbott Labs., Inc*., 10-CV-4676(ADS)(WDW) (E.D.N.Y. Mar. 5, 2012); *Pyskaty v. Wide World of Cars, LLC*, 856 F.3d 216 (2d Cir. 2017); *Shanchun Yu v. Diguojiaoyu, Inc*., 18-CV-7303 (JMF) (OTW) (S.D.N.Y. Sep. 30, 2022); *Sothebys, Inc. v. Thut*, Civil Action 21 Civ. 6574 (LJL) (SLC) (S.D.N.Y. July 28, 2022); *Kaplin v. Buendia*, 15 Civ. 649 (PAC) (S.D.N.Y. Apr. 14, 2021); *Rogers v. Brooks*, 8:18-cv-986 (GLS/DJS) (N.D.N.Y. Apr. 17, 2019); *Bueno v. LR Credit 18, LLC*, 269 F. Supp. 3d 16 (E.D.N.Y. 2017); *Bueno v. LR Credit 18, LLC*, 269 F. Supp. 3d 16 (E.D.N.Y. 2017); *Levi v. Commonwealth Land Title Ins. Co*., 09 Civ. 8012 (SHS) (S.D.N.Y. Oct. 21, 2013); *Carling*

vehículo fue alterado intencionalmente para tergiversar el kilometraje del vehículo. El tribunal declaró al vendedor responsable de los daños y perjuicios, a pesar de que el demandado alegó que el demandante no había sufrido daños reales[983].

Por otra parte, tenemos el caso *Taylor v. Gorilla Capital, Inc*., No. 6:18-cv-648-MC (D. Or. Oct. 23, 2018), donde los demandantes David y Debra Taylor alegaron que los demandados cometieron fraude en relación con un préstamo que recibieron los Taylor[984]. Este caso también es de una jurisdicción diferente, pero es más reciente y no ha sido anulado ni revertido.

Por último, *Ransom v. Rohr-Gurnee Volkswagen*, No. 01 C 2137 (N.D. Ill. Oct. 22, 2001)[985] es pertinente porque analiza una demanda por tergiversación derivada de la venta de un automóvil y el análisis del tribunal de la responsabilidad del vendedor.

En general, las autoridades sugieren que una reclamación por tergiversación relacionada con la venta de un automóvil usado puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el

v. Peters, 10 Civ. 4573 (PAE) (HBP) (S.D.N.Y. Mar. 8, 2013); *Bristol Vill., Inc. v. La.-Pac. Corp*., 916 F. Supp. 2d 357 (W.D.N.Y. 2013); *Bristol Vill., Inc. v. La.-Pac. Corp*., No. 12-CV-263S (W.D.N.Y. Dec. 31, 2012); *Stein v. Northern Assurance Co. of America*, 09-CV-1029(TCP)(AKT) (E.D.N.Y. May 7, 2012); *Wood v. Maguire Auto. LLC*, 5:09-CV-0640 (GTS/GHL) (N.D.N.Y. Sep. 26, 2011); *Pasternak v. Dow Kim,* 275 F.R.D. 461 (S.D.N.Y. 2011); *Seymour v. Champs Auto Sales, Inc*., No. 350063 (Mich. Ct. App. Nov. 19, 2020*); Dulcette Techs. LLC v. MTC Indus*., 64 Misc. 3d 1231 (N.Y. Sup. Ct. 2019); *Looks Great Servs., Inc. v. Nat'l Grid Elec. Servs., LLC*, 2015 N.Y. Slip Op. 32651 (N.Y. Sup. Ct. 2015).

[983] La demandante Mayline Enterprises, Inc. está demandando a la demandada Milea Truck Sales Corp. por presuntamente alterar el odómetro de un camión que vendieron a Mayline. El odómetro del camión marcaba 75,769 millas, pero el kilometraje real era de 176,167 millas. Después de descubrir la discrepancia, Mayline detuvo el pago del cheque del camión. Milea contrademandó por el saldo impago del precio de compra, pero el tribunal rechazó su moción para desestimar la Primera Causa de Acción. Mayline estuvo haciendo valer reclamos bajo varias leyes estatales y federales, así como por misrepresentación fraudulenta, misrepresentación negligente, incumplimiento de contrato, fraude, incumplimiento de garantía y "revocación de aceptación". El tribunal otorga un juicio sumario a Mayline sobre la Primera y Tercera Causa de Acción, pero desestima la Segunda Causa de Acción. El tribunal también desestima las reclamaciones de Mayline por daños punitivos, pero otorga un juicio sumario a favor de Mayline en otras cuatro causas de acción.

[984] El hijo de los Taylor había estado involucrado en un negocio de financiamiento de automóviles con Jeremy Cruz, quien propuso el préstamo a los Taylor. El préstamo se negoció con John Helmick y Gorilla Capital, y se cerró en custodia. Los Taylor nunca proporcionaron una solicitud de préstamo o divulgaciones financieras, y el préstamo se basó únicamente en el valor de la garantía. Cuando los Taylor intentaron rescindir el préstamo, les dijeron que ya se había financiado. Los Taylor alegaron que los demandados omitieron hechos materiales sobre el alto riesgo del préstamo y que se basaba en el valor de la garantía, no en la capacidad de pago. Sin embargo, el tribunal desestimó la demanda por fraude debido a alegaciones insuficientes de un deber de divulgación o "verdades a medias" por parte de los acusados. El tribunal también determinó que los demandantes no podían alegar una confianza justificable en la falta de evaluación de los demandados sobre su capacidad para pagar el préstamo.

[985] Ransom presentó una demanda de seis cargos contra Gurnee Volkswagen y VW Credit, Inc. (VCI). Ransom alega que Gurnee la engañó para que aceptara un automóvil menos costoso que el que había ordenado y pagado. Sus reclamaciones federales se basan en la Ley de Veracidad en los Préstamos (TILA), la Ley Magnuson-Moss y la Ley Federal del Odómetro. Además, Ransom también tiene reclamaciones de fraude bajo la ley estatal.

VCI presentó una moción para desestimar la denuncia de Ransom. El tribunal desestimó la demanda de TILA contra VCI, argumentando que los cesionarios no son responsables de las misrepresentaciones hechas por los vendedores de automóviles. También desestimó el reclamo de la Ley del Odómetro porque no había ninguna acusación de fraude en el odómetro.

El tribunal concedió la moción de consolidación de VCI y concedió parcialmente la moción de desestimación. Los cargos 1 y V fueron desestimados contra VCI, y el cargo IV fue desestimado contra ambos acusados. Por lo tanto, parece que el tribunal tomó una decisión parcial a favor de VCI, pero aún quedan algunos cargos pendientes en la demanda de Ransom.

vendedor tergiversó intencionalmente el kilometraje del vehículo con la intención de defraudar al comprador.

6.3. Francia

A). Caso de las Acciones de Perfumería: Casación No. 76-13.587[986]

a). Antecedentes del Caso

El caso trata de una demanda en la cual las señoras Z adquirieron acciones de una sociedad de perfumería y solicitaron la cancelación de la cesión argumentando que había un encubrimiento de la transferencia de fondos y un fraude relacionado con la sobrevaloración de bienes y contratos. Sin embargo, el tribunal de primera instancia consideró que las partes actuaron sin fraude. El solicitante critica la sentencia argumentando que el juez debe pronunciarse dentro de los límites de las conclusiones de las partes y que el tribunal no investigó adecuadamente si la transacción involucraba acciones o un fondo de comercio. Se sostiene que el tribunal no proporcionó una fundamentación jurídica suficiente para su decisión.

La Corte de Casación menciona que la Corte de Apelaciones determinó que se trataba de una transacción de acciones y no de la venta de un fondo de comercio, basándose en la apreciación soberana de la intención común de las partes. La Corte critica la sentencia por negar la valoración sobre la posibilidad de la anulación de los contratos por fraude y por no indemnizar al comprador. Se menciona que el vendedor conocía la incapacidad del comprador para pagar el precio y se le acusa de ocultar esta información y utilizar documentos engañosos. Además, se argumenta que el vendedor incurrió en dolo incidental y que el incumplimiento de la deuda no puede resultar en intereses acumulados. Por investigar adecuadamente estas circunstancias, se considera que la decisión de la Corte de Apelaciones carece de fundamentos legales.

La Corte asimismo considera que la Corte de Apelaciones señaló que las señoras Z no habían sido engañadas en la operación de fondo de comercio, sino que habían actuado por ignorancia e inexperiencia. La Corte determinó que las señoras Z no eran víctimas de acciones constitutivas de fraude. Además, se establece que el acreedor tiene derecho a solicitar la capitalización de los intereses adeudados si no ha cometido ninguna falta en el retraso del pago. La Corte de Apelaciones justificó la solicitud de capitalización de las sumas adeudadas por parte

[986] Tribunas de Casaciones, Sala Comercial, No. 76-13.587, 13/02/1979.

de los acreedores. En consecuencia, se desestima el recurso contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de París.

Por otra parte, es interesante resaltar uno de los argumentos esgrimidos por la parte actora en el sentido de tratar de equiparar la CIC con el dolo incidental y el fraude, en el siguiente sentido:

> El Tribunal de Apelación, que se basó en motivos dudosos, privó a su decisión de fundamento jurídico y que, por otra parte, el fraude está constituido no sólo por maniobras positivas, sino también por simple diseño; que al advertir, por tanto, que el vendedor, que sabía que su comprador no podía pagar el precio, no le había informado de esta imposibilidad y había preferido echar una mano a una presentación engañosa de los documentos destinados al banco, el Tribunal de apelación , que debió investigar si estas circunstancias no eran constitutivas de una desgana deliberada, una vez más privó de fundamento jurídico a su decisión, que, por otra parte, el dolo incidental, es decir el dolo que no determinó el consentimiento de su víctima, constituye una "culpa en contrahendo" generadora de perjuicios; que al no investigar por lo tanto si el vendedor no había cometido tal falta cuando dejó inconsciente al comprador que no pudo cumplir con los plazos, la Corte de Apelaciones privó la decisión de fundamento legal, y luego, finalmente, que el acreedor por cuya culpa su deuda no pudo ser liquidada en su momento no puede manifestarse del anatocismo. (Caso número 76-13.587)

Por lo tanto, la Corte de Casaciones sostiene que las accionantes no fueron víctimas de dolo o CIC sino de su propia inexperiencia, ad literam:

> Pero aguardaba en primer lugar esa sentencia, señalar que las señoras Z habían participado en la operación de fondo de comercio antes de las cesiones litigiosas; que habían subestimado las dificultades que debían enfrentar; que habían actuado por ignorancia e inexperiencia, pero no habían sido engañadas; que, en el estado de estas determinaciones, la Corte de Apelaciones pudo decidir, sin fundarse en motivo dudoso, que las señoras Z no habían sido víctimas de acciones constitutivas de dolo. (Caso número 76-13.587).

Es de resaltar que la Corte valoró los argumentos de la parte recurrente en el sentido de tratar de impugnar la resolución de primera instancia (*a quo*) en función de un presunto error en la valoración de la resolución de la Corte de Apelaciones (*ad quem*) tratando de equipar el dolo y hasta el fraude con la CIC; sin embargo, la Corte de Casaciones confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones en el sentido de concluir que las partes concurrentes no habían sido víctimas de dolo incidental sino de su propia inexperiencia.

b). Análisis del Caso

En este caso, se puede realizar una comparación entre el concepto de misrepresentation y la culpa in contrahendo (CIC) en el derecho continental de la siguiente forma:

a. Misrepresentation:

1. Aseveración Falsa: Las señoras Z podrían argumentar que se les hizo una afirmación falsa o engañosa respecto a la naturaleza de la transacción (acciones o fondo de comercio) y la valoración de los bienes.

2. Naturaleza Fraudulenta: Podría alegarse que hubo una intención de engañar[987] por parte del vendedor al ocultar información relevante o al presentar una información engañosa.

3. Confianza Justificada: Las señoras Z confiaron en la información proporcionada y en la presentación de la transacción, lo cual fue un factor en su decisión de compra.

4. Relación Causal: Esta confianza llevó a las señoras Z a realizar la compra, lo que resultó en daños.

b. Culpa In Contrahendo (CIC) (Derecho Continental)

1. Deber de Cuidado o Informar: Podría argumentarse que existía un deber implícito de actuar de buena fe y de proporcionar información relevante y precisa durante las negociaciones, lo cual no se cumplió.

2. Ruptura Maliciosa de Negociaciones: Aunque no aplicable directamente en este caso, la falta de información adecuada podría interpretarse como una ruptura de la buena fe en las negociaciones.

3. Daño Causal: Las señoras Z sufrieron daños como resultado de esta falta de información o información engañosa.

c. Comparación y Convergencia

Ambos conceptos (misrepresentation y CIC) se centran en la importancia de la información precisa y completa durante las negociaciones precontractuales. En este caso, tanto bajo el enfoque de misrepresentation como de CIC, se podría llegar a la conclusión de que las señoras Z fueron inducidas a un contrato basado en información incorrecta o incompleta, lo que resultó en daños.

[987] Siber aborda en detalle el concepto de "Scheingeschäft" o "transacción simulada". Este término se refiere a una transacción que no es genuina, y que en cambio se realiza para engañar a alguien. (Siber (1914). Culpabilidad en Incumplimiento del Contrato. En Strohal, E. (editor) *El Comentario de Planck al Código Civil* (*Plancks Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*) II, 1, 4.a ed. Berlín: Gutentag Verlagsbuchhandlung, p.

d. Conclusión

A pesar de la inexperiencia de las señoras Z mencionada por la Corte de Casación, desde el punto de vista de misrepresentation y CIC, el enfoque central es si hubo una falta de información adecuada o engañosa que indujera a las señoras Z a realizar la transacción.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que, para establecer una alegación de tergiversación, los apelantes deben demostrar que fueron inducidos a error o engañados de alguna manera, y que se basaron en la tergiversación en detrimento de la misma. Sin embargo, las autoridades también sugieren que los recurrentes pueden tener dificultades si actuaron con ignorancia o inexperiencia, en lugar de ser engañados intencionalmente.

Las autoridades sugieren que los apelantes deben demostrar que fueron inducidos a error o engañados de alguna manera para poder establecer una alegación de tergiversación. En *Belle Pass Terminal v. Jolin, Inc.,* 800 So. 2d 762 (La. 2001)[988], la Corte discutió la anulación de una sentencia obtenida mediante fraude o malas prácticas[989]. Estos casos sugieren que los apelantes deben

[988] Seguido por *NFT Grp. v. Elite Pools & Spas, LLC*, 353 So. 3d 395 (La. Ct. App. 2022); *Morton Bld. v. Redeeming,* 835 So. 2d 685 (La. Ct. App. 2002); *Wright v. La. Power Light*, 951 So. 2d 1058 (La. 2007); *Fla. Gas Transmission Co. v. Tex. Brine Co.*, 2022 CA 1234 (La. Ct. App. June 2, 2023); *Expert Oil & Gas, L.L.C. v. Mack Energy Co*., 203 So. 3d 1080 (La. Ct. App. 2016); *Landry ex rel. Child v. Pediatric Servs. of Am., Inc*., 189 So. 3d 540 (La. Ct. App. 2016); *Crowell v. Thibodeaux,* No. 2011 CA 2367 (La. Ct. App. Nov. 2, 2012); *Haney v. Davis*, 925 So. 2d 591 (La. Ct. App. 2006); *Stroscher v. Stroscher*, 845 So. 2d 518 (La. Ct. App. 2003); *Fla. Gas Transmission Co. v. Tex. Brine Co.,* 2022 CA 1298 (La. Ct. App. July 10, 2023); *Cochran v. Foreman*, 341 So. 3d 625 (La. Ct. App. 2022); *Landry v. Pediatric Servs. of Am., Inc*., 350 So. 3d 873 (La. Ct. App. 2022); *Mosing v. Miller,* 332 So. 3d 724 (La. Ct. App. 2021); *In re Fogg*, 2019 CA 1238 (La. Ct. App. Aug. 31, 2020); *Alexander v. La., Dep't of Children & Family Servs*., 249 So. 3d 95 (La. Ct. App. 2018); *In re C.L*., No. 2015 CJ 0587 (La. Ct. App. Sep. 18, 2015); *M.P.W. v. L.P.W*., 136 So. 3d 37 (La. Ct. App. 2013); *Midland Funding LLC v. Kelly*, No. 2011-CA-0659 (La. Ct. App. Mar. 16, 2012); *Short v. Chain*, No. 2010 CA 2218 (La. Ct. App. June 17, 2011); *Cadle Company v. Henson*, 45, 57 So. 3d 458 (La. Ct. App. 2011); *Johnson v. Cain*, 999 So. 2d 51 (La. Ct. App. 2008); *Minton v. Long's*, 977 So. 2d 310 (La. Ct. App. 2008); *Williams v. Williams*, 949 So. 2d 672 (La. Ct. App. 2007); *Mississippi Farm v. Bailey*, 818 So. 2d 214 (La. Ct. App. 2002); F&*M Mafco, Inc. v. Ocean Marine Contractors, LLC*, 434 F. Supp. 3d 428 (E.D. La. 2020); *Turner v. Busby*, 883 So. 2d 412 (La. 2004); *Elliott v. Elliott,* No. 22-789 (La. Ct. App. Oct. 18, 2023); *Fla. Gas Transmission Co. v. Tex. Brine Co*., 2022 CA 1296 (La. Ct. App. June 2, 2023); *Robins v. Pirzadah*, 2022 CA 0844 (La. Ct. App. Apr. 14, 2023); *Pontchartrain Nat. Gas Sys. v. Tex. Brine Co.,* 2022 CA 0990 (La. Ct. App. Mar. 16, 2023); *Lejeune v. Fontenot*, No. 22-444 (La. Ct. App. Jan. 4, 2023); *Dregin v. Nutt*, No. 21-163 (La. Ct. App. Oct. 27, 2021); *CAG, LLC v. Watson*, 312 So. 3d 1109 (La. Ct. App. 2021); *Landry v. Pediatric Servs. of Am., Inc*., 19-796 (La. Ct. App. Feb. 19, 2020); *Aguillard v. La. Coll*., 270 So. 3d 781 (La. Ct. App. 2019*); Zavala v. Dover Constr. USA, LLC*, 249 So. 3d 24 (La. Ct. App. 2018); *First Bank & Tr. v. Sharp*, 243 So. 3d 16 (La. Ct. App. 2018); *Aguillard v. Chatman*, 239 So. 3d 300 (La. Ct. App. 2018); *Schiff v. Pollard*, 222 So. 3d 867 (La. Ct. App. 2017); entre otros.

[989] El *Belle Pass Terminal v. Jolin, Inc*. gira en torno a una disputa sobre la venta de una terminal marítima y una instalación de atraque en LaFourche, Louisiana. Joe Blanchard inicialmente intentó vender las instalaciones a Milpark Drilling Fluids, Inc., pero cuando ese acuerdo fracasó, negoció con Elmo Pitre, Jr. para formar Belle Pass Terminal, Inc. y comprar las instalaciones. Sin embargo, el contrato de arrendamiento estipulaba que Blanchard no podía vender, ceder o transferir el contrato de arrendamiento sin el consentimiento de Caillouet Land Company. Después de la venta, Belle Pass tuvo problemas y las relaciones entre las partes se volvieron tensas. Blanchard y Jolin presentaron una demanda contra Belle Pass, Guidry, Pitre y Callais, que resultó en un fallo a favor de Jolin y Blanchard. Belle Pass se declaró en bancarrota y Blanchard ejecutó su hipoteca. Richard Guidry presentó entonces una demanda para anular la sentencia de 1992, pero el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelación rechazaron su moción. La Corte Suprema de Luisiana concedió el *certiorari* para revisar el caso y, en última instancia, revocó el fallo del tribunal inferior,

demostrar que los demandados los engañaron intencionalmente para prevalecer. Sin embargo, las autoridades también sugieren que los recurrentes pueden tener dificultades si actuaron con ignorancia o inexperiencia, en lugar de ser engañados intencionalmente.

Por ejemplo, en el caso *The Cherry Cmty. Org. v. Sellars*, 871 S.E.2d 706 (N.C. 2022)[990], el Tribunal consideró que los demandantes no fueron engañados en una transacción inmobiliaria, sino que actuaron por ignorancia e inexperiencia. Este caso sugiere que es posible que los apelantes no puedan establecer una reclamación de tergiversación si el Tribunal determina que no fueron engañados intencionalmente, sino que actuaron por ignorancia o inexperiencia[991].

En *Ins. Distribution Consulting v. Freedom Equity Grp*., 3:20-cv-96 (S.D. Tex. May 11, 2022) [992], la Corte analiza la doctrina del error unilateral subsanable, que puede ser aplicable a la reclamación por tergiversación en cuestión. En *In re Strong,* 356 B.R. 121 (Bankr. E.D. Pa. 2004)[993], se analiza la cuestión de si un prestatario fue inducido a error o engañado en una

devolviendo el caso para nuevos procedimientos. La decisión del tribunal discute la interpretación de lo que constituye un derecho legal y cómo Guidry se vio privado de un juicio justo debido a la colusión entre Blanchard y Pitre.

[990] Seguido por *In re Hedgepeth,* No. COA23-226 (N.C. Ct. App. Nov. 7, 2023).

[991] La Organización Comunitaria Cherry (CCO, por sus siglas en inglés) contrató a StoneHunt, LLC en 2004 para desarrollar unidades de vivienda asequible en terrenos propiedad de la CCO. StoneHunt no construyó las unidades como prometió, sino que vendió la mayor parte de la tierra a constructores residenciales a precio de mercado. La CCO presentó dos demandas separadas contra StoneHunt y varios demandados, alegando incumplimiento de contrato, violaciones de la Ley de Prácticas Comerciales Desleales y Engañosas de Carolina del Norte (UDTPA) y la Ley Uniforme de Transacciones Anulables (UVTA). Si bien el tribunal de primera instancia desestimó ambas demandas, el Tribunal de Apelaciones y la Corte Suprema revocaron estas decisiones. El Tribunal Supremo determinó que los demandados no eran compradores de buena fe de la propiedad y tenían conocimiento de actividades fraudulentas. En última instancia, el tribunal determinó que la transferencia de tierras por parte de StoneHunt a los demandados se realizó de manera fraudulenta y anulable, aunque no abordó el argumento de la CCO de que la violación de la UVTA por parte del demandado constituye una violación *per se* de la UDTPA.

[992] El caso *Insurance Distribution Consulting (IDC) v. Freedom Equity Group (FEG)* gira sobre un acuerdo de conciliación. Las partes habían llegado a un acuerdo de conciliación mediado (MSA, por sus siglas en inglés) que, según ambas acordaron, era vinculante y ejecutable. El MSA estipulaba que las partes prepararían y ejecutarían documentos de conciliación más formales, pero que el MSA seguiría siendo definitivo. Surgió una disputa sobre si el acuerdo incluía la liberación de reclamaciones individuales por parte de Michael Jones, director de IDC. El asunto fue presentado al juez Andrew Edison, quien falló a favor de IDC. FEG presentó entonces una moción de emergencia para rescindir o interpretar el acuerdo de conciliación, que fue denegada. FEG argumentó a favor de la rescisión basándose en la doctrina del error unilateral remediable, pero IDC respondió que FEG cometió un error de derecho, que no justifica una reparación equitativa. El caso también analiza las condiciones en las que un error puede justificar la rescisión de un contrato y, en última instancia, concluye que el error de FEG no justifica la rescisión. El tribunal falló en contra de FEG, citando la política que favorece el arreglo amistoso de las disputas.

[993] Seguido por *In re Glauser*, 365 B.R. 531 (Bankr. E.D. Pa. 2007); *Yarney v. Wells Fargo Bank*, N.A., No. 3:09-cv-00050 (W.D. Va. Aug. 5, 2010); *Yarney v. Wells Fargo Bank, N.A*., No. 3:09-cv-00050 (W.D. Va. Aug. 5, 2010); *Yarney v. Wells Fargo Bank, N.A*., No. 3:09-cv-00050 (W.D. Va. Aug. 5, 2010); *Ebbighausen v. J.P. Morgan Chase Bank, N.A*., Civil No. 10-3120 (JRT/LIB) (D. Minn. Jan. 3, 2013); *Macheda v. Household Finance Realty Corp. of N.Y,* 1:04-CV-0325 (GTS/GJD) (N.D.N.Y. Jan. 15, 2009); In re Glauser, CIVIL ACTION No. 07-CV-1863-LDD (E.D. Pa. July 8, 2008); Peterson v. Spectra Financial, Inc., Civil No. 06-3796 (PAM/JSM) (D. Minn. Mar. 29, 2007); In re Strong, Bankruptcy No. 01-35854BIF, Adversary No. 02-626, No. 04-CV-4699 (E.D. Pa. June 20, 2005); *Larson v. Bayer (In re Bayer),* 521 B.R. 491 (Bankr. E.D. Pa. 2014); *Signature Bank v. Banayan (In re Banayan)*, 468 B.R. 542 (Bankr. N.D.N.Y. 2012); *Lowenstein v. U.S. Bank, N.A. (In re Lowenstein),* 459 B.R. 877 (Bankr. E.D. Pa. 2011); *In re Partners Group Financial, LLC*, 394 B.R. 68 (Bankr. E.D. Pa. 2008); *Glenn v. Smith*, J-A04042-18 (Pa. Super. Ct. June 25, 2018); *Com. ex Rel. Corbett v. Snyder*, 977 A.2d 28 (Pa. Cmmw. Ct. 2009).

transacción de préstamo, que es análoga a la cuestión de si los recurrentes en nuestra investigación fueron inducidos a error en la venta de una empresa[994].

Los casos presentados ilustran claramente la diferencia en la aplicación legal de la misrepresentation con intención de defraudar, y la inexperiencia o ignorancia del accionante en el contexto de acciones legales.

B). Caso Crama: Casación N.º RG 21/00554[995]

a). Antecedentes del Caso

Veamos los antecedentes de hecho del caso para luego proceder a analizar la parte considerativa jurídica de la resolución en cuestión.

El Scop L'Abatoir de l'Aisne es un matadero ubicado en Francia. En junio de 2013, la empresa Labo Pharma llevó a cabo una reforma en los techos de su local, mediante la instalación de paneles y placas de Renopanel, obra que finalizó en julio de 2013.

En agosto de 2013, se observó que las placas se estaban despegando cerca de un horno, fenómeno que se agravó posteriormente. Labo Pharma ("Labo") presentó una reclamación a su aseguradora, la Mutua de Seguro Agrícola Regional del Nordeste (Crama du Nord Est, en Adelante "Crama"). La aseguradora pagó una indemnización de 280,220 € a la empresa Abatoir de l'Aisne. ("Abatoir").

Crama, al declararse subrogada en los derechos y acciones tanto de la sociedad l'Abbatoir de l'Aisne como de la sociedad Labo Pharma, demandó a la sociedad B-Hygienic Bvba ("Bvba")

[994] Este caso involucra el caso de bancarrota de Albert y Deborah Strong contra Option One Mortgage Corporation. Los demandantes afirman que una transacción de préstamo que realizaron con la Opción Uno violó varios estatutos federales y estatales, así como el derecho consuetudinario de Pensilvania. Buscan rechazar el reclamo garantizado que Option One ha presentado en su caso de bancarrota y buscan daños y perjuicios. La primera opción, por su parte, sostiene que su contrato de préstamo se ajustaba plenamente a todas las leyes pertinentes. Las reclamaciones de los demandantes en virtud de la ECOA y la Ley 6 fueron desestimadas, dejando cuatro cargos por juzgar. El juicio se centró en las afirmaciones de los demandantes de que el demandado se había aprovechado de ellos, así como en las disputas sobre honorarios y cargos. En última instancia, el tribunal determinó que los demandantes tuvieron una amplia oportunidad de revisar los términos del préstamo y hacer preguntas, pero no lo hicieron. Además, el tribunal determinó que el préstamo no calificaba para el tratamiento de HOEPA y que el acusado no violó las disposiciones de divulgación. Sin embargo, el tribunal determinó que a los demandantes se les cobró de más por el seguro de título.

[995] Tribunal de Casaciones de Francia, *Crama du Nord Est v. Axa Belgium, B-Hygienic Bvba*, Casación N.º RG 21/00554, N.º Portalis DBV4-V-B7F-H7LI, 2020.

y a la sociedad Axa Bélgica ("Axa") ante el Tribunal de lo Mercantil de San Quintín para obtener, entre otras cosas, el pago solidario de estas sociedades en la cantidad de 280,220 €.

El Tribunal de Comercio de Saint Quentin, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2020, declaró admisibles y fundadas las solicitudes de Crama.

Por su parte, la compañía de seguros Axa presentó un recurso contra la sentencia del 11 de enero de 2021. La empresa Bvba también presentó un recurso contra la sentencia el 3 de febrero de 2021. Ambos procedimientos fueron acumulados mediante un auto del 5 de octubre de 2021.

En sus últimas conclusiones del 1 de marzo de 2022, la sociedad Bvba, una empresa de derecho belga, solicita al Tribunal, como principal solicitud: Revocar la sentencia dictada por el Tribunal de Comercio de Saint-Quentin el 18 de diciembre de 2020 en la que se declararon admisibles y fundadas las solicitudes de Crama, y revocar la sentencia dictada por el tribunal comercial de Saint-Quentin el 18 de diciembre de 2020 en la que se afirmaba que la Crama du Nord Est se subroga en los derechos tanto de la empresa Abattoir de l'Aisne como de la empresa Labo Pharma.

En la misma alternativa, Bvba solicita: Declarar la ausencia total de prueba por parte de la Crama du Nord Est respecto a la cuantía y la relación de causalidad del daño supuestamente sufrido, y revocar la sentencia dictada en la que condenó in solidum a la empresa Bvba y a la empresa Axa a pagar Crama la cantidad de 280.220 €, dicha suma más los intereses a la tasa legal desde la fecha de presentación de la demanda, y resolver de nuevo el caso.

La empresa Bvba argumenta que el tribunal ha confundido la competencia judicial con la ley aplicable, que la competencia de los tribunales franceses nunca ha sido impugnada y que solo se discute la ley aplicable. En el presente caso, la acción se basa en un presunto incumplimiento por parte de Bvba de su obligación de información previa al contrato, y que se ha establecido que esta obligación de asesoramiento previo al contrato es una obligación extracontractual de conformidad con el Reglamento Roma II. Además, el artículo 12 del mencionado reglamento[996]

[996] Reglamento (CE) núm 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOUE L 199/40). 31 de Julio de 2007, sección 12: 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual nacida de tratos previos a la celebración de un contrato, independientemente de que el contrato haya sido efectivamente celebrado o no, será la ley que se aplique al contrato o que le hubiera sido aplicable si se hubiera celebrado. 2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base del párrafo 1, será: (a) la ley del país en el que se produzca el daño, independientemente del país en el que haya ocurrido el hecho que dio lugar al daño e independientemente del país o países en los que ocurrieron las consecuencias indirectas de ese evento; o (b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que ocurre el hecho que dio lugar al daño, la ley de ese país; o (c) cuando se desprenda de todas las circunstancias del caso que la obligación extracontractual que surge de las transacciones anteriores a la celebración de un contrato está manifiestamente más estrechamente relacionada con un país distinto al indicado en las letras (a) y (b), la ley de ese otro país.

que se refiere a la "culpa in contrahendo" indica que la ley aplicable a dicho litigio es la ley que habría sido aplicable en caso de haberse concluido un contrato, lo que remite al artículo 4 del Reglamento Roma I que establece que, en caso de falta de elección de la ley aplicable, que es el caso en este asunto, se aplica la ley del país de residencia del vendedor, es decir, la ley belga. La empresa Bvba destaca que la acción de Crama que se considera subrogada en los derechos de la Abbatoir no puede considerarse delictual en el sentido de la jurisprudencia comunitaria, sino que se rige por los Reglamentos Roma I y II o, subsidiariamente, por la ley contractual.

La empresa Axa aclara que es la aseguradora de responsabilidad de la empresa Bvba. Indica que su asegurada recomendó a Abattoir realizar un estudio para su proyecto y le proporcionó los datos de contacto de la empresa Labo. Después de eso, la empresa Bvba no tuvo más contacto con Abattoir. La empresa Labo encargó placas y paneles a la empresa Bvba por un monto de 17,850 €, y los trabajos realizados por la empresa Labo fueron aceptados en julio de 2013. A partir de agosto de 2013, se reportó que las placas se despegaban. Se llevó a cabo una pericia el 16 de diciembre de 2014, pero no se proporcionó ningún informe a la empresa Axa a pesar de su solicitud, por lo que se negó a participar en las siguientes etapas conciliatorias.

En cuanto a la prescripción, un tema a valorar por el Tribunal es el de determinar si la acción de Crama es de naturaleza extracontractual donde se aplicaría el artículo 4 del Convenio Roma II[997], el cual establece que la ley aplicable a una obligación no contractual derivada de un hecho dañino es la del país donde ocurrió el daño, y como el daño ocurrió en Francia, se aplica la ley francesa.

Axa, sin embargo, añade que la ley francesa establece que la acción del comprador final contra el fabricante original es de naturaleza contractual, por lo tanto, la acción de Abbatoir en la cual la empresa Crama se subroga contra las empresas Bvba y Axa es de naturaleza contractual. En este caso, se acusa a la empresa Bvba de haber suministrado paneles totalmente inadecuados para altas temperaturas, lo cual constituye un vicio oculto, y esta acción debe presentarse de

[997] Reglamento (CE) núm 864/2007 §4.1. 31 de Julio de 2007, artículo 4: "1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión."

acuerdo con el artículo 1648 del código civil[998] en un plazo de 2 años a partir del descubrimiento del vicio.

La sociedad Bvba sostiene que, en calidad de simple fabricante de materiales, no está obligada a brindar asesoramiento más allá de poner a disposición las características de los materiales que vende. Afirma que nunca proporcionó información errónea a Labo o a la sociedad l'Abattoir sobre la naturaleza y calidad de los materiales, y nunca afirmó que sus paneles pudieran soportar temperaturas extremas. Indicó a la sociedad l'Abattoir la necesidad de realizar un estudio antes de cualquier trabajo, y de hecho, este estudio fue facturado por Labo. No tiene ninguna obligación de proporcionar información a l'Abattoir, con la cual no ha contratado. Labo es un profesional de la construcción que debería tener la competencia necesaria para evaluar la idoneidad o no de los materiales que se deben utilizar

El daño consistió en el desprendimiento de los revestimientos de acabado de los paneles y de las terminaciones de PVC enclavadas. La sociedad Crama no demuestra que los defectos estén cubiertos por la garantía prevista en el artículo 1792 del Código Civil[999]. Se trata de daños calificados por el anexo de las condiciones generales como daños a la construcción ocurridos después de la recepción, siendo el monto de la garantía el "costo total de la construcción sin exceder los 150,000 € por año de seguro, con una franquicia del 10% del monto de la indemnización del seguro, con un mínimo de 1219 € y un máximo de 3666 €". El costo de los trabajos realizados por la sociedad Labo ascendió a 67,348.21 € TTC, de los cuales se debe deducir la franquicia de 1219 €. Por lo tanto, la demanda basada en la subrogación solo es admisible hasta un monto de 66,129.21 €.

Crama responde que la empresa Bvba visitó las instalaciones del matadero de l'Aisne y conocía el contexto en el que se instalarían los paneles. Afirma que esta empresa formuló

[998] CCF, artículo 1648 establece lo siguiente: "El vendedor está obligado por la garantía por defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso a que se destina, o que disminuyan de tal manera este uso, que el comprador no la hubiera adquirido, o hubiera dado un menor precio si los hubiera conocido."

[999] CCF artículo 1792: "El artículo 1792 del Código Civil francés establece lo siguiente: "Todo constructor de un edificio es responsable de los daños, incluso resultantes de un vicio del suelo, que comprometan la solidez del edificio o lo hagan impropio para el uso al que está destinado.
También es responsable de los daños que afecten la solidez de los elementos inseparables del suelo que estén destinados a permanecer en su lugar.
Esta responsabilidad tiene lugar, aunque los daños sean causados por un vicio del suelo existente antes de la construcción o por un caso fortuito."

recomendaciones y consejos inadecuados a l'Abattoir, asumiendo así su responsabilidad de acuerdo con los artículos 1240[1000] del código civil, y subsidiariamente en virtud de otros artículos de dicho código. Alega que también ha incurrido en responsabilidad hacia la empresa Labo por proporcionar, conscientemente, materiales inadecuados. Por lo tanto, no se trata simplemente de un contrato de venta de materiales, sino de un incumplimiento de la obligación de asesoramiento que compromete su responsabilidad.

Crama estima que la acción no se basa en la garantía de vicios ocultos, no se destaca un defecto en el material utilizado para los trabajos, sino en el incumplimiento de la obligación de asesoramiento de la empresa Bvba en su deber de información y consejo hacia la sociedad l'Abattoir y la sociedad Labo. Por lo tanto, la prescripción del artículo 1648 del código[1001] civil no es aplicable.

Crama replica que la empresa Bvba fue convocada a las operaciones de peritaje, que el informe se ha presentado en el debate y está sujeto a discusión por las partes, por lo que puede ser considerado por el juez. Las partes están de acuerdo sobre las causas del siniestro, es decir, la utilización de materiales suministrados por la empresa Bvba que son completamente inadecuados debido a la temperatura en la parte superior que supera los 70 °C. La empresa reconoció haber realizado una visita al lugar el 5 de abril de 2013, durante la cual pudo constatar la presencia de hornos que, por definición, generan altas temperaturas. A pesar de ello, recomendó la instalación de los paneles. El simple hecho de que un fabricante proporcione información errónea a un tercero sobre la naturaleza y calidad de los materiales que está dispuesto a comercializar compromete la responsabilidad de dicho fabricante.

De modo que Crama declara que la empresa Bvba ha incumplido su obligación de proporcionar información y asesoramiento, y ha incurrido en responsabilidad frente a l'Abbatoir, en virtud principalmente del artículo 1240 del código civil francés[1002].

[1000] Código Civil Francés (CCF), 2016, artículo 1240: "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo."
[1001] CCF, artículo 1648 establece lo siguiente: "El vendedor está obligado por la garantía por defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso a que se destina, o que disminuyan de tal manera este uso, que el comprador no la hubiera adquirido, o hubiera dado un menor precio si los hubiera conocido."
[1002] Código Civil Francés (CCF), 2016, artículo 1240: "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo."

En la demanda principal, el demandante había solicitado la cantidad de 280,220 € basado en la teoría de la CIC, aduciendo que los demandados Bvba había proporcionado información falsa a Labo al momento de la instalación de los paneles, por cuanto dichos paneles se cayeron del techo al mes de su instalación debido al calor que los hornos produjeron.

El Tribunal de Casación valoró este caso y sostuvo en su sentencia que la parte demandante no había podido demostrar que el demandado había actuado con culpa in contrahendo, es decir, no había podido demostrar que el demandado había maliciosamente desinformado a la parte demandante, ad literam:

> La Crama du Nord Est no demuestra que la empresa B-Hygiénic Bvba, fabricante de los paneles, haya proporcionado información errónea tanto a la empresa l'Abbatoir de l'Aisne como a la empresa Labo Pharma sobre la naturaleza y especificidad de los materiales que vendía. La ficha técnica del panel Rénopanel que produce menciona claramente una resistencia al fuego, pero también especifica que la temperatura no puede superar los 60 °C. Corresponde a la empresa Labo Pharma, que es un profesional de la construcción, asegurarse, dada la naturaleza de los trabajos encargados por l'Abbatoir de l'Aisne, de que el material que se instalaría fuera el adecuado para las necesidades de la empresa. (*Crama du Nord Est v. Axa Belgium*, p. 21).

De modo que la Corte, en su parte resolutiva toma en cuenta todos estos fundamentos de hecho y de derecho, pronunciándose en un fallo contradictorio, en última instancia, mediante su puesta a disposición en el archivo del tribunal, y decide que la ley francesa se aplica al litigio en lo que respecta a las demandas presentadas por la Crama du Nord Est contra la empresa B-Hygiénic Bvba y Axa Belgium.

Asimismo, revoca la sentencia impugnada, decidiendo de nuevo, afirmando que la demanda de la Crama du Nord Est sólo es admisible en virtud de la subrogación hasta un monto de 66,129.21 € (que es una quinta parte de lo demandado).

En cuanto al fondo del asunto, rechaza todas las demandas de la Crama du Nord Est dirigidas contra la empresa B-Hygiénic Bvba y la empresa Axa Belgium.

Condena a la Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du Nord Est, conocida como Groupama, a pagar a la empresa B-Hygiénic Bvba la suma de 4,000 € en virtud del artículo

700 del código de procedimiento civil[1003]. Condena a la Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du Nord Est, conocida como Groupama, a pagar a la empresa Axia Belgium la suma de 3,000 € en virtud del artículo 700 del código de procedimiento civil[1004].

Condena a la Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du Nord Est, conocida como Groupama, al pago de todos los gastos procesales.

En conclusión, la Corte desestima la teoría de la CIC por cuanto sostiene que la parte demandante no ha podido demostrar que los demandados brindaron información incorrecta a la empresa afectada (Labo).

b). Análisis del Caso

En el *common law*, este asunto se hubiera asumido por medio del incumplimiento del contrato, ya que la parte demandada tiene la obligación implícita de proporcionar un servicio o un producto con las garantías de mercantibilidad, cuyo plazo prescriptorio es de 5 años también, de acuerdo al artículo 2224 del Código Civil Francés[1005], que es el mismo plazo prescriptorio utilizado bajo la teoría de la CIC por responsabilidad precontractual (léase extracontractual), de acuerdo al artículo 2226 del Código Civil Francés[1006].

Tres puntos interesantes a resaltar de esta sentencia, es que se equipara la CIC por responsabilidad precontractual con el tema de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la parte demandante en su afán de sacudirse del período prescriptorio de 2 años por vicios ocultos, se entretiene en la doctrina de la CIC (que tiene un período de 5 años); sin embargo, cayó en la trampa que la propia Corte valoró, en el sentido de no poder probar la malicia en la transferencia de información. El otro tema a destacar es que la obligación de proporcionar información y su consecuente doctrina es concomitante con la teoría de la tergiversación del *common law*. No obstante, ello, la tergiversación no es la doctrina adecuada para resolver este caso, sino la propia responsabilidad contractual y su incumpliendo (léase garantías implícitas de mercantibilidad). Con ello, la teoría de la CIC resulta ser una herramienta ineficaz e injusta.

[1003] Código de Procedimiento Civil Francés (CPF). 2007, artículo 700: "La parte que haya obtenido una resolución favorable puede solicitar al tribunal que condene a la otra parte a pagarle una suma destinada a cubrir los gastos que no estén comprendidos en las costas."

[1004] Código de Procedimiento Civil Francés (CPF). 2007, artículo 700: "La parte que haya obtenido una resolución favorable puede solicitar al tribunal que condene a la otra parte a pagarle una suma destinada a cubrir los gastos que no estén comprendidos en las costas."

[1005] CCF § 2224: "las acciones personales o mobiliarias se prescriben después de cinco años a partir del día en que el titular del derecho tuvo conocimiento o debería haber tenido conocimiento de los hechos que le permitirían ejercer su derecho."

[1006] CCF § 2226: "Las acciones en responsabilidad civil extracontractual se prescriben después de cinco años a partir del día en que la víctima tuvo conocimiento o debería haber tenido conocimiento de los hechos que le permitirían ejercer su acción.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que se puede presentar una demanda por tergiversación en el contexto de una instalación defectuosa, pero el resultado dependerá de los hechos específicos del caso. Es probable que las cuestiones clave incluyan si el vendedor incumplió una garantía, si el comprador fue un tercero beneficiario y si el vendedor hizo declaraciones falsas fraudulentas.

Varias de las autoridades abordan la cuestión de si se puede responsabilizar a un vendedor de una instalación defectuosa. Por ejemplo, en *Nationwide Agribusiness Ins. Co. v. Sma Elevator Constr. Inc*., 816 F. Supp. 2d 631 (N.D. Iowa 2011)[1007], el tribunal analiza los elementos de una reclamación por incumplimiento de la garantía implícita, así como los elementos de una reclamación por incumplimiento de la garantía expresa[1008]. Esto sugiere que una demanda por tergiversación podría basarse en un incumplimiento de la garantía.

El caso del *Agriculture Dep't v. Appletree Mktg*, 485 Mich. 1 (Mich. 2010)[1009] también es pertinente, ya que en él se examina la disponibilidad de recursos acumulativos en virtud de dos

---

[1007] Seguido por *Great Lakes Commc'n Corp. v. At&T Corp*., 124 F. Supp. 3d 824 (N.D. Iowa 2015); *Eggerling v. Advanced Bionics, L.L.C*., 958 F. Supp. 2d 1029 (N.D. Iowa 2013); *Merfeld v. Dometic Corp*., 940 F.3d 1017 (8th Cir. 2019); *Herbst v. Givaudan Flavors Corp*., No. C 17-4008-MWB (N.D. Iowa Dec. 21, 2018); *Briley v. U.S. United Barge Line, LLC,* No. 5:10-CV-00046-R (W.D. Ky. June 20, 2012); *Tucker v. Ethicon, Inc*., 4:20-CV-1543 RLW (E.D. Mo. Sep. 1, 2021); *Reed v. Reichhold Liquidation, Inc*., 1:18CV720 (M.D.N.C. Apr. 15, 2021); *Kelly v. Ethicon, Inc.,* No. 20-CV-2036-CJW-MAR (N.D. Iowa Aug. 7, 2020); *Willet v. Johnson & Johnson*, 465 F. Supp. 3d 895 (S.D. Iowa 2020); *LM Ins. Corp. v. Dubuque Barge & Fleeting Serv. Co.,* No. 17-CV-1035-MAR (N.D. Iowa Mar. 8, 2019); *Hirschbach Motor Lines, Inc. v. SmartTruck Undertray Sys., Inc*., No. C17-1019-LTS (N.D. Iowa Jan. 3, 2018); *Specht v. Kubota Tractor Corp*., No. 16-CV-1012-LRR (N.D. Iowa July 6, 2017); *City of Perry v. Procter & Gamble Co.,* 188 F. Supp. 3d 276 (S.D.N.Y. 2016); *Cmty. Voiceline, L.L.C. v. Great Lakes Commc'n Corp.*, No. C 12-4048-MWB (N.D. Iowa Jan. 31, 2014); *Catipovic v. Turley,* No. C 11-3074-MWB (N.D. Iowa Jan. 21, 2014); *Clasing v. Hormel Corp*., 993 F. Supp. 2d 960 (N.D. Iowa 2014); In re Accutane Litig., 235 N.J. 229 (N.J. 2018); *Cannon v. Bodensteiner Implement Co.,* 903 N.W.2d 322 (Iowa 2017); *Des Moines Flying Serv., Inc. v. Aerial Servs. Inc.*, 880 N.W.2d 212 (Iowa 2016); *Reilly Constr. Co. v. Bachelder, Inc*., 863 N.W.2d 302 (Iowa Ct. App. 2015).

[1008] Este caso involucra una explosión e incendio en un elevador de granos en Alton, Iowa. El demandante, Nationwide Agribusiness Insurance Company, alega que la explosión fue causada por un cojinete de bloque de almohada sobrecalentado o caliente fabricado por Baldor Electric Company. Los demandados, SMA Elevator Construction Company, Schlagel, Inc. y Baldor Electric Company, han solicitado un juicio sumario sobre algunas o todas las reclamaciones en su contra. El caso analiza la historia procesal del caso, la inmunidad de SMA a las reclamaciones de productos y la aplicabilidad del Código de Iowa § 613.18 al caso. También aborda las definiciones de "producto" y "ensamblador" en lo que respecta al caso, y el razonamiento del tribunal para otorgar un juicio sumario a SMA sobre reclamos por defectos del producto. El caso analiza además las reclamaciones del demandante contra Baldor, incluidas las reclamaciones por defectos de advertencia o instrucción, las reclamaciones por defectos de diseño y las reclamaciones por defectos de fabricación. También aborda las reclamaciones del demandante contra Schlagel por defectos de instalación y negligencia general. El caso analiza la puntualidad de las reclamaciones del demandante, la aplicabilidad de la "regla de descubrimiento" y la "regla de entrega" en este caso, y los argumentos de los demandados para un juicio sumario sobre reclamos de incumplimiento de garantías implícitas y garantías expresas. Por último, el caso analiza los detalles de un contrato entre SMA y Midwest Farmers Cooperative, y la decisión del tribunal de conceder o denegar un juicio sumario sobre varias reclamaciones.

[1009] Seguido por *Aroma Wines & Equip., Inc. v. Columbian Distribution Servs., Inc*., No. 148907 (Mich. June 17, 2015); *JP Morgan Chase Bank v. Jackson GR, Inc*., No. 311650 (Mich. Ct. App. July 15, 2014*); Morris v. Schnoor*, No. 315006 (Mich. Ct. App. May 29, 2014); *Darweesh v. King Auto Sales, Inc*., No. 305071 (Mich. Ct. App. Sep. 13, 2012); *Solek v. K&B Transp*., 21-cv-10442 (E.D. Mich. Sep. 21, 2021); *Gordon v. Urbahns,* No. 12-CV-13724 (E.D. Mich. Sep. 3, 2013); *D'Anna v. Furgal,* No. 320652 (Mich. Ct. App. Sep. 17, 2015); *Dep't of Transp. v. Wolverine Sign Works*, No. 316779 (Mich. Ct. App. Nov. 4, 2014); *Kheder Homes at Charleston Park, Inc. v. Charleston Park Singh, LLC*, No. 307207 (Mich. Ct. App. Jan. 2, 2014); *Select Distrs. v. Breeze*

leyes diferentes[1010]. Esto puede ser análogo a la cuestión de si la responsabilidad de Bvba (la demandada en el caso Crama bajo análisis) es contractual o extracontractual.

Calvetti v. Antcliff, 346 F. Supp. 2d 92 (D.D.C. 2004)[1011] es relevante, ya que discute un reclamo de tergiversación y los elementos necesarios para establecer dicho reclamo en este contexto[1012]. De la misma forma, en *John Rocchio Corp. v. Pare Eng'g Corp.,* 201 A.3d 316 (R.I.

Smoke, LLC, No. 20-12944 (E.D. Mich. Aug. 4, 2021); *Salamone v. Douglas Marine Corp*., 1:19-cv-01213 (MAD/DJS) (N.D.N.Y. Dec. 15, 2020); *Crestmark Bank v. Electrolux Home Prods., Inc.,* 155 F. Supp. 3d 723 (E.D. Mich. 2016); *Lee v. Harris,* No. 12-cv-12763 (E.D. Mich. June 26, 2013); *General Retirement System v. Onyx Capital Advisors*, No. 10-CV-11941 (E.D. Mich. Sep. 29, 2011); *In Matter of Pixley,* No. 10-62556, Adv. No. 10-6665 (Bankr. E.D. Mich. Oct. 18, 2011); *Norman Yatooma & Associates, PC v. Cohen Lerner & Rabinovitz, PC*, No. 352299 (Mich. Ct. App. July 29, 2021); *Rave's Constr. v. Merrill*, No. 323908 (Mich. Ct. App. Jan. 7, 2016); *Windrush Inc. v. Vanpopering*, No. 315958 (Mich. Ct. App. Sep. 10, 2015); *RS ex rel. ES v. Ajlouny*, No. 301199 (Mich. Ct. App. Apr. 26, 2012); *Hagan v. Baird (In re B & P Baird Holdings, Inc*.), No. 18-1129 (6th Cir. Jan. 8, 2019); *Hunt v. Hadden*, 665 F. App'x 435 (6th Cir. 2016); *Hantz Fin. Servs., Inc. v. Am. Int'l Specialty Lines Ins. Co*., 664 F. App'x 452 (6th Cir. 2016); *DBI Invs., LLC v. Blavin*, 617 F. App'x 374 (6th Cir. 2015); *Hagan v. Baird (In re B&P Baird Holdings, Inc.),* 591 F. App'x 434 (6th Cir. 2015); *Ria R Squared, Inc. v. McCown*, No. 21-12937 (E.D. Mich. June 30, 2023); *Hillman Power Co. v. On-Site Equip. Maint*., 1:19-cv-11009 (E.D. Mich. Sep. 29, 2022); *Ultra Mfg. v. Williamston Prods.,* No. 21-12223 (E.D. Mich. Apr. 14, 2022); *Sadieboo, Inc. v. MJ Tools Corp*., 526 F. Supp. 3d 285 (W.D. Mich. 2021); *Peterson v. N. Capital, Inc*., No. 2:20-cv-11016 (E.D. Mich. Jan. 12, 2021); *Lee Contracting, Inc. v. Shore W. Mfg*., No. 1:19-cv-831 (W.D. Mich. Oct. 22, 2020); *Prod. Sols. Int'l v. P.B. Prods., LLC,* Civil Action No. 19-CV-12790 (E.D. Mich. June 12, 2020); *Am. 1 Credit Union v. Puckett*, No. 19-11943 (E.D. Mich. May 31, 2020); G*&R Live, LLC v. Janese*, No. 19-cv-11632 (E.D. Mich. Jan. 16, 2020); *TSFR Burger, LLC v. Starboard Grp. of Great Lake, LLC*, No. 19-12060 (E.D. Mich. Oct. 30, 2019).

[1010] En *Departamento de Agricultura v Appletree Marketing, LLC*, demandantes alegan que Appletree violó la Ley de Comercialización de Productos Agrícolas (ACMA) y que tanto Appletree como Steven Kropf cometieron una conversión legal y de derecho consuetudinario. El tribunal de primera instancia desestimó las reclamaciones de conversión de los demandantes, dictaminando que la ACMA proporcionaba los recursos exclusivos por la falta de remisión de los fondos de evaluación. Sin embargo, la Corte Suprema de Michigan finalmente dictaminó que la ACMA no reemplaza los recursos legales preexistentes ni deroga los recursos de derecho consuetudinario, y que el tribunal de primera instancia se equivocó al desestimar los reclamos de conversión de los demandantes contra Kropf. El caso fue remitido al Tribunal de Circuito de Kent para continuar con los procedimientos. La Corte Suprema de Michigan también aclaró que los demandantes pueden presentar reclamos para la conversión de derecho estatutario y consuetudinario, y que Kropf puede ser considerado responsable de cualquier agravio intencional que haya cometido.

[1011] Seguido por *Sellers v. Anthem Life Ins. Co.,* Civil Action 16-2428 (TJK) (D.D.C. Feb. 22, 2022); *Middlebrooks v. Godwin Corp*., 722 F. Supp. 2d 82 (D.D.C. 2010); *Zirintusa v. Whitaker*, 674 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2009); *Lemmons v. Georgetown Univ. Hosp*, 431 F. Supp. 2d 76 (D.D.C. 2006); Adams V. Hitt Contracting, Inc., Civil Action 04-1026 (HHK) (D.D.C. July 11, 2005); *Nat'l All. of Wound Care, Inc. v. Morgan*, 2020 IL App (3d) 190691 (Ill. App. Ct. 2020); *Arsanjani v. United States,* Civil Action 19-1746 (JEB) (D.D.C. May 3, 2023); *Shealayno'sun v. McCarthy*, No. 18-cv-0746 (APM) (D.D.C. Jan. 5, 2021); *Yudzon v. Sage Title Grp.*, Civil Action No. 18-2076 (TFH) (D.D.C. May 22, 2020); *Pinkett v. Dr. Leonard's Healthcare Corp*., Civil Action No. 18-1656 (JEB) (D.D.C. Mar. 31, 2020); *Matute v. CNN Constr. Inc*., 415 F. Supp. 3d 226 (D.D.C. 2019); *Sherrod v. McHugh*, 334 F. Supp. 3d 219 (D.D.C. 2018); *Hall v. S. River Restoration, Inc.,* 270 F. Supp. 3d 117 (D.D.C. 2017); *Klayman v. Judicial Watch, Inc.,* 255 F. Supp. 3d 161 (D.D.C. 2017); *Bradley v. Nat'l Collegiate Athletic Ass'n*, 249 F. Supp. 3d 149 (D.D.C. 2017); *Fletcher v. Arms,* Case: 1:16-cv-02168 (D.D.C. Oct. 28, 2016); *Benton v. Laborers' Joint Training Fund,* 121 F. Supp. 3d 41 (D.D.C. 2015); *Sec. & Exch. Comm'n v. e-Smart Techs., Inc*., 85 F. Supp. 3d 300 (D.D.C. 2015); *JSC Transmashholding v. Miller*, 70 F. Supp. 3d 516 (D.D.C. 2014); *Doe v. De Amigos, LLC*, 987 F. Supp. 2d 12 (D.D.C. 2013); *Slinski v. Bank of Am., N.A*., 981 F. Supp. 2d 19 (D.D.C. 2013); *Service Employees International Union Local 32BJ v. Diversified Services Group, Inc.,* 958 F. Supp. 2d 166 (D.D.C. 2013); *Embassy of the Fed. Republic of Nigeria v. Ugwuonye*, 297 F.R.D. 4 (D.D.C. 2013); *Cain v. Harris Teeter, Inc*., 954 F. Supp. 2d 17 (D.D.C. 2013); *Embassy of the Fed. Republic of Nigeria v. Ugwuonye*, 945 F. Supp. 2d 81 (D.D.C. 2013); *DeLeon v. U.S. Airways, Inc.*, Civil Action No. 12-cv-0503 (RLW) (D.D.C. May 8, 2013); *Blake v. Securitas Sec. Servs., Inc.,* 292 F.R.D. 15 (D.D.C. 2013); *Sharma v. Dist. of Columbia*, 881 F. Supp. 2d 138 (D.D.C. 2012); *U.S. Sec. & Exch. Comm'n v. Brown*, 878 F. Supp. 2d 109 (D.D.C. 2012); *Slovinec v. Commc'n Workers of America*, 860 F. Supp. 2d 25 (D.D.C. 2012); *Hassan v. Holder*, 793 F. Supp. 2d 440 (D.D.C. 2011); *Edmond v. American Education Services*, Civil Action No. 10-0578 (JDB) (D.D.C. Oct. 28, 2010); *Lawson v. Pepco*, 721 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010); *Crowder v. Bierman, Geesing, & Ward LLC*, 713 F. Supp. 2d 6 (D.D.C. 2010); *The Cuneo Law Group, P.C. v. Joseph,* 669 F. Supp. 2d 99 (D.D.C. 2009); *In re Chocolate Confectionary Antitrust Litigation*, 602 F. Supp. 2d 538 (M.D. Pa. 2009).

[1012] El caso discute dos mociones separadas para un juicio sumario presentadas por los acusados Charles Antcliff y David Antcliff en el caso de *Calvetti v. Antcliff*. Los demandantes, Fred y Barbara Calvetti, alegan que los demandados no completaron el trabajo

2019)[1013] la Corte analiza los elementos de una demanda por negligencia[1014], que pueden ser útiles para enmarcar una demanda por tergiversación.

Por otra parte, *Wal-Mart Stores, Inc. v. J.A. Fielden Co., Inc.*, 440 F. Supp. 2d 523 (W.D. Va. 2006)[1015] analiza la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto de un caso de defecto de construcción, y aborda cuestiones como el incumplimiento de la garantía, la condición de tercero beneficiario y el fraude constructivo[1016]. Esta autoridad es particularmente relevante, ya que aborda muchas de las cuestiones clave que probablemente surgirían en una demanda por tergiversación en el contexto de una instalación defectuosa.

Por último, *Pramco III, LLC v. Partners Trust Bank*, 16 Misc. 3d 351 (N.Y. Sup. Ct. 2007)[1017] analiza los elementos de una reclamación por incumplimiento de garantía, que pueden

---

de reparación en dos de sus propiedades en Washington, D.C. Los demandados argumentan que la demanda de los demandantes es legalmente insuficiente y que tienen derecho a un juicio sumario. El tribunal evalúa las mociones de juicio sumario de acuerdo con el derecho sustantivo de las reclamaciones en cuestión y considera si existe una cuestión genuina de hecho material. El tribunal también analiza la aplicabilidad de la CPPA (Consumer Protection Procedures Act) a los demandados y si están exentos de responsabilidad. Además, el tribunal aborda si los demandantes han establecido hechos para respaldar su reclamo de prácticas comerciales ilegales. En última instancia, el tribunal concede en parte y rechaza en parte ambas mociones de juicio sumario, y niega la moción de David Antcliff para anular el informe pericial de los demandantes. Sin embargo, el tribunal desestima la demanda por fraude de los demandantes, lo que también elimina la posibilidad de daños punitivos por la reclamación por incumplimiento de contrato.

[1013] Seguido por *Kramer v. HTX Helicopters, LLC*, C. A. WC-2018-0491 (R.I. Super. June 12, 2023); *Am. Condo. Ass'n v. Mardo*, C.A. No. NC-2011-234 (R.I. Super. Sep. 5, 2019); *Doe v. Brown Univ*., 253 A.3d 389 (R.I. 2021).

[1014] John Rocchio Corporation (Rocchio) está apelando una sentencia final del Tribunal Superior que otorgó un juicio sumario a favor de Pare Engineering Corporation (Pare). Las reclamaciones de Rocchio contra Pare incluyen interferencia en las relaciones contractuales futuras, negligencia e incumplimiento de obligaciones contractuales como tercero beneficiario. La disputa surgió de un acuerdo entre la Autoridad de Alcantarillado de Warwick (WSA) y Pare para servicios de consultoría e ingeniería. Pare preparó solicitudes de propuestas (RFP, por sus siglas en inglés) para posibles contratistas generales, y cinco empresas presentaron ofertas. Rocchio fue el mejor postor, pero Pare recomendó descalificarlos por no incluir los formularios requeridos por la EPA. La junta de la WSA finalmente adjudicó el contrato a DiGregorio, Inc. El juez de la audiencia concedió la moción de Pare para un juicio sumario basado en la falta de evidencia de causalidad. El tribunal también distinguió el caso de *Forte*, en el que se basó el demandante, y determinó que el ingeniero no tenía ninguna obligación con el demandante y que el demandante no era un beneficiario previsto del contrato entre el ingeniero y la autoridad de alcantarillado.

[1015] Seguido por Allstate Ins. Co. v. Structures Design/Build, LLC, Civil Action No. 7:15-CV-00354 (W.D. Va. Mar. 17, 2016); *Sutherlin v. Lowe's Home Ctrs., LLC*, Civil No. 3:14cv368 (DJN) (E.D. Va. Sep. 23, 2014); *Cutaia v. Radius Eng'g, Int'l, Inc*., Civil Action No. 5:11cv00077 (W.D. Va. Oct. 1, 2013); *Rma Lumber, Inc. V. Pioneer Machinery,* LLC, CIVIL ACTION No. 6:08-cv-00023 (W.D. Va. Nov. 19, 2009).

[1016] Wal-Mart contrató a tres compañías para la construcción de una propiedad comercial y un estacionamiento en Bonsack, Virginia. También se contrató a dos subcontratistas. Después de que las pendientes del estacionamiento se erosionaron, Wal-Mart demandó a las tres compañías y a los dos subcontratistas por varios reclamos, incluido el incumplimiento de contrato, el fraude constructivo y el incumplimiento de garantías expresas e implícitas. Los demandados presentaron mociones de desestimación, argumentando que algunas de las reclamaciones eran inapropiadas. El tribunal rechazó la mayoría de las mociones, pero desestimó la demanda por fraude constructivo y la reclamación de honorarios de abogados. El tribunal también discutió las implicaciones de la condición de tercero beneficiario de Wal-Mart y la aplicabilidad de la garantía implícita de idoneidad para el demandado Froehling Robertson (FR).

[1017] *Kriegel v. Donelli*, 11 Civ. 9160 (ER) (S.D.N.Y. June 30, 2014); *CityPlace Retail, L.L.C. v. Wells Fargo Bank*, 457 F. Supp. 3d 1318 (S.D. Fla. 2020); *CityPlace Retail, LLC v. Wells Fargo Bank*, No. 18-CV-81689-ROSENBERG/REINHART (S.D. Fla. Aug. 7, 2019); *Indian Harbor Ins. Co. v. City of San Diego,* 972 F. Supp. 2d 634 (S.D.N.Y. 2013); *Pramco III, LLC v. Partners Trust Bank*, 52 A.D.3d 1224 (N.Y. App. Div. 2008); *Berit Realty, LLC v. Vortex Group, Inc.,* 2009 NY Slip Op 31677(U) (N.Y. Sup. Ct. 7/24/2009), 2009 N.Y. Slip Op. 31677 (N.Y. Sup. Ct. 2009).

ser análogos a la cuestión de si la demandada Bvba incumplió una obligación contractual de proporcionar información precisa sobre los paneles[1018].

En general, las autoridades sugieren que se puede presentar una demanda por tergiversación en el contexto de una instalación defectuosa, pero el resultado dependerá de los hechos específicos del caso. Es probable que las cuestiones clave incluyan si el vendedor incumplió una garantía, si el comprador fue un tercero beneficiario y si el vendedor hizo declaraciones falsas fraudulentas.

C). Caso Depagne: Casación No. 78-15.230, 1978[1019]

a). Antecedentes del Caso

En este caso, la Asociación Argonne-Association confió a Depagne, la responsabilidad de realizar la reparación de una chimenea en una villa que poseía en provincia. Depagne envió un presupuesto elaborado por Zorzitto, que cotizaba los trabajos en 6.033 francos. La asociación solicitó una reducción del precio a 5.500 francos y acordó que los trabajos comenzaran lo antes posible. Sin embargo, posteriormente "anuló" su acuerdo y mencionó la posibilidad de que las reparaciones se realizaran de otra manera, de forma más económica, por otro contratista.

A pesar de esto, Zorzitto realizó las reparaciones de acuerdo con el presupuesto inicial y envió una factura de 5.500 francos a la asociación, la cual se negó a pagar. Zorzitto demandó a la asociación por el pago de esta suma, mientras que la asociación demandó a Depagne por daños y perjuicios y solicitó que sea condenado a garantizar la eventual condena a favor de Zorzitto.

El tribunal de primera instancia (a quo), en una sentencia del 5 de junio de 1973, admitió que, aunque el mandatario Depagne actuó fuera de los límites de su mandato, la asociación estaba obligada dentro de los límites de su enriquecimiento injusto y ordenó una pericia para evaluar el empobrecimiento de Zorzitto y el enriquecimiento de la asociación. Después de la presentación

[1018] En el caso *Pramco III, LLC v. Partners Trust Bank*, el accionante Pramco está demandando por cuatro causas de acción. La moción de Pramco para un juicio sumario se centra en la cuarta causa de acción, la rescisión del acuerdo de venta de activos, y argumenta que Partners Trust Bank no divulgó información material relacionada con los préstamos. El banco responde que la información omitida no era importante ni necesaria. Sin embargo, el tribunal considera que el deber del banco de revelar información no está relacionado con la fiabilidad de la información. Además, el documento discute la materialidad del incumplimiento de la garantía, la cuestión de si el incumplimiento fue lo suficientemente sustancial como para frustrar el objetivo de las partes al celebrar el contrato y la disponibilidad de rescisión para Pramco. El documento también aborda la doctrina del decomiso y la posibilidad de añadir una reclamación por fraude en la inducción.

[1019] Tribunal de Casación*, Depagne v. Asociación Argonne-Association,* Casación No. 78-15.230, 1978. En adelante *Caso Depagne*.

del informe pericial, el tribunal condenó a la asociación a pagar 5.100 francos a Zorzitto y desestimó la demanda de la asociación contra Depagne. Esta decisión fue confirmada por la corte de apelaciones.

La parte demandada (la asociación) alega que los jueces de segunda instancia (*ad quem*) se equivocaron al insistir en que la sentencia anterior era cosa juzgada y que la única cuestión a considerar era si los trabajos habían empobrecido a Zorzitto y enriquecido a Argonne-Association. Se argumenta que la asociación estaba equivocada al intentar desechar la acción basada en el enriquecimiento sin causa, ya que se sostenía contradictoriamente que Zorzitto podía ejercer una acción contractual y una acción delictiva contra Depagne. Además, se argumenta que la asociación estaba obligada debido a un mandato aparente y se debe destacar la buena fe de Zorzitto en lugar de su falta de interés personal. Se sostiene que el mandatario que excede sus poderes es responsable ante el tercero tanto por *culpa in contrahendo* como por ser cocontratante. Se afirma que la Corte de Apelación violó varios artículos del Código Civil al afirmar lo contrario. También se argumenta que la acción de in rem X... solo es subsidiaria y que el artesano nunca afirmó que Depagne fuera el mandatario aparente del propietario de la villa. Además, el mandato aparente sólo existe si el tercero no está obligado a verificar los poderes del supuesto mandatario. Al admitir la acción de in rem X... sin explicar las condiciones y la aplicación de la teoría del mandato aparente, se argumenta que la Corte de Apelación violó los principios del enriquecimiento sin causa y distorsionó los términos de la controversia. También se alega que la falta de interés personal del empobrecido es una condición para el éxito de la acción de in rem X..., y al decidir lo contrario, la Corte de Apelación violó los principios del enriquecimiento sin causa. Además, se afirma que el experto se equivocó en su evaluación del empobrecimiento, pero no se proporcionan detalles adicionales.

Por su parte, la corte de apelaciones (*ad quem*) consideró que la única cuestión era determinar si los trabajos realizados habían enriquecido a Argonne-Association y empobrecido a Zorzitto, y justificó su decisión en base al informe pericial. Por lo tanto, se rechaza el primer medio de impugnación.

En cuanto al segundo medio de impugnación, se argumenta sobre los principios que rigen el enriquecimiento sin causa y el pago de intereses. Se sostiene que la sentencia impugnada no especificó que la condena al pago de intereses tenía como objetivo reparar el empobrecimiento de Zorzitto, lo que violaría dichos principios. Por lo tanto, se anula la sentencia en relación con el

aplazamiento del punto de partida de los intereses legales y se devuelve el caso a la corte de apelaciones de Angers para su reconsideración.

En resumen, se anula parcialmente la sentencia impugnada en relación con el aplazamiento de los intereses legales y se devuelve el caso a la corte de apelaciones de Angers.

De modo que la Corte de Casaciones rechaza hacer uso de la teoría de la CIC. La parte demandada sostenía que el mandatario Depagne debería ser responsable por desinformación a la Asociación porque no le dijo que Zorzitto estaba detrás de estos trabajos. Específicamente la Asociación sostuvo:

> Por un lado, que el mandatario que, al exceder los poderes que se le otorgan, celebra un contrato con un tercero, es responsable ante ese tercero no sólo como autor de la *culpa in contrahendo* al hacerle creer al tercero que está contratando en nombre de otro, sino también como cocontratante, ya que, al exceder sus poderes, está actuando en su propio nombre. (*Depagne v. Asociación Argonne-Association*).

De esta forma, el Tribunal de Casaciones sostiene que hubo enriquecimiento injusto de parte de la Asociación por cuanto Zorzitto fue inducido a actuar por parte de Depagne. La Corte utilizó la teoría del enriquecimiento injusto, y no la de la CIC.

b). Análisis del Caso

En resumen, la Corte de Casación utilizó la teoría del enriquecimiento injusto para determinar la responsabilidad de la Asociación, sin aplicar la teoría de culpa in contrahendo o considerar el mandato aparente de Depagne, lo cual es un enfoque interesante en cuanto a la responsabilidad en casos de mandato y representación.

c). El Caso en el Sistema del Common Law

La presente investigación inquiere sobre alguna posible causa de acción disponible para Zorzito contra la Asociación por negarse a pagar por el trabajo de la chimenea. Con base en los casos encontrados, Zorzito puede tener reclamos por incumplimiento de contrato, enriquecimiento injusto y/o ejecución hipotecaria de un gravamen.

Los casos de *Lewistown Miller Constr. Co. v. Martin*[1020], 363 Mont. 208 (Mont. 2011)[1021] y *Bloedorn Lumber Co. of N. Platte v. Nielson*[1022], 300 Neb. 722 (Neb. 2018)[1023] sugieren que Zorzito puede tener una demanda por incumplimiento de contrato contra la Asociación. En ambos casos, el contratista pudo presentar una demanda por incumplimiento de contrato contra el propietario de la propiedad por negarse a pagar el trabajo realizado.

[1020] Este caso analiza una disputa entre Lewistown Miller Construction Co. (LMCC) y Gary Martin sobre un contrato de construcción. Martin había contratado a Baywood Homes para que diseñara una vivienda para él, y LMCC fue uno de los tres contratistas que presentaron una oferta. Después de que se aceptó la oferta de LMCC, las dos partes celebraron un contrato por escrito que incluía asignaciones para ciertos artículos y requería que cualquier cambio se hiciera por escrito. Sin embargo, Martin hizo muchas solicitudes de cambios que no se pusieron por escrito, lo que llevó a un desacuerdo sobre si el contrato cambió a un contrato de "tiempo y materiales" o siguió siendo un contrato de precio firme. LMCC presentó un gravamen de construcción sobre la propiedad de Martin y demandó por incumplimiento de contrato y enriquecimiento injusto, mientras que Martin contrademandó por incumplimiento de contrato y fraude. El Tribunal de Distrito concedió la ejecución hipotecaria del gravamen y otorgó a LMCC $62,649.51, pero también otorgó a Martin $10,260.20 por construcción defectuosa. Ambas partes apelaron la decisión, y Martin argumentó que el Tribunal de Distrito malinterpretó las pruebas y afirmó que no renunció al requisito de que los cambios en el contrato se hicieran por escrito. El documento también aborda la cuestión de si alguna de las partes tiene derecho a los honorarios de los abogados.

[1021] Seguido por *Cline v. Kralich*, 2017 MT 187 (Mont. 2017); *Vintage Constr., Inc. v. Feighner*, 387 Mont. 354 (Mont. 2017); *S & P Brake Supply, Inc. v. Stemco LP*, 385 Mont. 488 (Mont. 2016); *Masters Grp. Int'l, Inc. v. Comerica Bank*, 380 Mont. 1 (Mont. 2015); *Mountain W. Bank, N.A. v. and*, 301 P.3d 796 (Mont. 2013); *Minks v. Gerttula*, 311 P.3d 444 (Mont. 2013); Mountain W. Bank, N.A. v. Cherrad, LLC, 2013 MT 99 (Mont. 2013); *Total Industrial Plant Services, Inc. v. Turner Industries Group, LLC*., 368 Mont. 189 (Mont. 2013); *Northbank Civil & Marine, LLC v. Ed Boland Constr., Inc.*, CV-15-38-GF-BMM (D. Mont. Oct. 13, 2016).

[1022] El caso *Bloedorn Lumber Co. of N. Platte v. Nielson*, se refiere a una disputa que surgió de un proyecto de mejoras para el hogar en el que Nielson instaló encimeras de granito para los Schilke. Nielson obtuvo las encimeras de Bloedorn Lumber Company, pero dejó de trabajar en el proyecto, ya que los Schilke afirmaron que lo despidieron por un trabajo deficiente y Nielson afirmó que no le pagaron. Tanto Nielson como Bloedorn presentaron gravámenes de construcción sobre la casa de los Schilke, y Bloedorn presentó una queja contra Nielson y los Schilke por no pagar las encimeras. Nielson y los Schilkes presentaron demandas cruzadas entre sí, y los Schilkes presentaron una moción para transferir el lugar que finalmente fue denegada. El tribunal de distrito falló a favor de Bloedorn y Nielson, y el tribunal falló a favor de Nielson por motivos de enriquecimiento injusto. Los Schilke presentaron una moción para un nuevo juicio, que fue denegada, y luego apelaron, planteando cuatro asignaciones de error.

[1023] Senior *Hous. Managers, LLC v. Highway 2 Dev., LLC*, 552 F. Supp. 3d 866 (D. Neb. 2021); *Widick v. Price*, No. A-18-467 (Neb. Ct. App. Apr. 23, 2019); *B. Thomas & Co. v. Universal Warranty Corp*., 8:18-CV-112 (D. Neb. Feb. 21, 2020); *Schreiber Bros. Hog Co. v. Schreiber*, 312 Neb. 707 (Neb. 2022); *DH-1, LLC v. City of Falls City*, 305 Neb. 23 (Neb. 2020); *The All. Grp. v. NGC Grp*., 30 Neb. App. 439 (Neb. Ct. App. 2021); *Pioneer HI-Bred Int'l v. Alten, LLC*, 8:22CV70 (D. Neb. Feb. 8, 2023); *Goes v. Vogler*, 304 Neb. 848 (Neb. 2020); *State ex rel. Rhiley v. Neb. State Patrol*, 301 Neb. 241 (Neb. 2018); *Fleecs v. Burnett*, No. A-22-957 (Neb. Ct. App. Dec. 5, 2023); *30 Metro. Place v. Dana P'ship, LLP*, No. A-22-591 (Neb. Ct. App. June 27, 2023); *KJH Enters. v. Schroeder*, No. A-22-449 (Neb. Ct. App. Apr. 18, 2023); *Novacek v. Matthewson*, No. A-22-173 (Neb. Ct. App. Jan. 24, 2023); *English Estates, Inc. v. Champion Kearney, LLC*, No. A-22-074 (Neb. Ct. App. Dec. 6, 2022); *Crow v. Chelli*, No. A-21-835 (Neb. Ct. App. Oct. 25, 2022); *Lueth v. Lashley*, No. A-21-747 (Neb. Ct. App. Oct. 4, 2022); *Walters v. Frakes*, 29 Neb. App. 315 (Neb. Ct. App. 2021); *Freedom Specialty Contracting, Inc. v. Nichol Flats, LLC*, 28 Neb. App. 797 (Neb. Ct. App. 2020); *Murante v. Murante*, No. A-19-362 (Neb. Ct. App. Mar. 24, 2020); *Albrecht v. Fettig*, 27 Neb. App. 371 (Neb. Ct. App. 2019); *Yates v. Casto*, No. A-17-1053 (Neb. Ct. App. Feb. 12, 2019); entre otros.

Otros casos como *Mike Bldg. & Contracting Inc. v. Just Homes Llc*[1024], 27 Misc. 3d 833 (N.Y. Sup. Ct. 2010)[1025] sugieren que Zorzito puede tener una demanda por enriquecimiento injusto contra la Asociación. En estos casos, el tribunal consideró que el contratista podía presentar una demanda por enriquecimiento injusto contra el propietario de la propiedad, aunque no existiera una relación contractual directa entre las dos partes.

El caso de *James G. Davis Constr. Corp. v. FTJ, Inc*., 298 Va. 582 (Va. 2020)[1026] sugiere que Zorzito puede tener un reclamo de ejecución hipotecaria de un gravamen contra la Asociación[1027]. En ese caso, el tribunal determinó que el contratista podía presentar una demanda de ejecución hipotecaria de un gravamen contra el dueño de la propiedad por negarse a pagar por el trabajo realizado.

En *James*, el demandante James G. Davis Construction Corporation contrató a H&2 Drywall Contractors para completar los paneles de yeso y la estructura metálica para un proyecto de condominios residenciales. El contrato revisado exigía que H&2 se pagara en cuotas, con una retención del 10 por ciento. H&2 acordó comprar materiales de Ciesco, y Davis, H&2 y Ciesco firmaron un acuerdo de verificación conjunta. A medida que avanzaba el proyecto, Davis se dio cuenta de que H&2 tenía problemas y Ciesco experimentó repetidos retrasos en los pagos. A pesar de las garantías de Davis, Ciesco nunca recibió el pago de $252,062.18 en materiales. Ciesco

[1024] El caso número 31035/07 en la Corte Suprema del Estado de Nueva York, Condado de Kings, involucra un incumplimiento de contrato de construcción entre el demandante Mike Bldg Inc y el demandado Just Homes LLC (JH). A JH se le habían adjudicado tres propiedades en Brooklyn, Nueva York, y firmó un contrato con Mike Bldg Inc para su mejora. Surgieron disputas sobre solicitudes de pago, y JH retuvo el pago debido a sospechas de fraude. Mike Bldg Inc solicitó un juicio sumario parcial, la desestimación de la contrademanda de JH y los honorarios y costos de los abogados. JH solicitó un juicio sumario parcial para desestimar las reclamaciones de Mike Bldg Inc. El tribunal falló a favor de Mike Bldg Inc por incumplimiento de contrato, pero rechazó su moción de honorarios y costos de abogados. El tribunal también desestimó la reconvención de JH. El tribunal abordó además la base legal de las reclamaciones del demandante, incluida la Ley de Gravamen y el concepto de "fondos fiduciarios", y consideró que los argumentos de los demandados no eran convincentes.

[1025] Seguido por *31 Rockwell Partners v. Hallets Court*., 2016 N.Y. Slip Op. 33162 (N.Y. Sup. Ct. 2016); *Pavarini McGovern, LLC v. Waterscape Resort LLC (In re Waterscape Resort LLC*), 483 B.R. 601 (Bankr. S.D.N.Y. 2012).

[1026] Seguido por *The LCF Grp. v. Piedmont Power Sports, Inc*., 3:22-cv-00057 (W.D. Va. Aug. 21, 2023); Galloway v. Martorello, Civil Action 3:19cv314 (E.D. Va. Oct. 5, 2023); *MartianCraft, LLC v. Brooks*, 2:22cv432 (E.D. Va. July 27, 2023); *Samson Lending LLC v. Greenfield Mgmt*., 2023 N.Y. Slip Op. 23267 (N.Y. Sup. Ct. 2023).

[1027] James G. Davis Construction Corporation contrató a H&2 Drywall Contractors para completar los paneles de yeso y la estructura metálica para un proyecto de condominios residenciales. El contrato revisado exigía que H&2 se pagara en cuotas, con una retención del 10 por ciento. H&2 acordó comprar materiales de Ciesco, y Davis, H&2 y Ciesco firmaron un acuerdo de verificación conjunta. A medida que avanzaba el proyecto, Davis se dio cuenta de que H&2 tenía problemas y Ciesco experimentó repetidos retrasos en los pagos. A pesar de las garantías de Davis, Ciesco nunca recibió el pago de $252,062.18 en materiales. Ciesco presentó una demanda enmendada contra Davis, H&2 y Buendía, alegando incumplimiento de contrato y enriquecimiento injusto. El tribunal de primera instancia falló a favor de Ciesco, encontrando que Davis se enriqueció injustamente al usar materiales que no pagó. El tribunal rechazó el argumento de Davis de que el acuerdo de cheques conjuntos prohibía la reparación, y citó casos y principios legales que respaldaban su fallo.

presentó una demanda enmendada contra Davis, H&2 y Buendía, alegando incumplimiento de contrato y enriquecimiento injusto. El tribunal de primera instancia falló a favor de Ciesco, encontrando que Davis se enriqueció injustamente al usar materiales que no pagó. El tribunal rechazó el argumento de Davis de que el acuerdo de cheques conjuntos prohibía la reparación, y citó casos y principios legales que respaldaban su fallo.

Los casos *The Electric Man, Inc. v. Charos*, 179 Vt. 351 (Vt. 2006)[1028] sugieren que Zorzito puede tener una demanda por incumplimiento de contrato contra la Asociación[1029]. En ambos casos, el contratista pudo presentar una demanda por incumplimiento de contrato contra el propietario de la propiedad por negarse a pagar el trabajo realizado.

Los casos de *Vermont Built, Inc. v. Krolick*, 2008 Vt. 131 (Vt. 2008)[1030] y *Solar Applications v. T.A. Operating Corp*., 327 S.W.3d 104 (Tex. 2010)[1031] sugieren que Zorzito puede

[1028] Seguido por *J & K Tile Co. v. Wright & Morrissey, Inc*., 222 A.3d 936 (Vt. 2019); *Sweet v. St. Pierre*, 201 A.3d 978 (Vt. 2018); *Nystrom v. Hafford*, 59 A.3d 736 (Vt. 2012); *Troy Boiler Works, Inc. v. Long Falls Paperboard*, LLC, 2:21-cv-30 (D. Vt. June 16, 2022); *Birchwood Land Co. v. Ormond Bushey & Sons, Inc*., 82 A.3d 539 (Vt. 2013); *Southwick v. City of Rutland*, 30 A.3d 1298 (Vt. 2011); *Burton v. Jeremiah Beach Parker Rest*, 6 A.3d 38 (Vt. 2010); *Perez v. Travelers Insurance*, 181 Vt. 45 (Vt. 2006); *Haywood v. St. Michael's Coll.*, Civil Action No. 2:12-CV-164 (D. Vt. Dec. 14, 2012); *In re Ahokas*, 361 B.R. 54 (Bankr. D. Vt. 2007); *Constr. Drilling, Inc. v. Eng'rs Constr., Inc*., 236 A.3d 193 (Vt. 2020); *Kneebinding, Inc. v. Howell*, 201 A.3d 326 (Vt. 2018); *Sheldon v. Schwarzkopf*, Supreme Court No. 2018-019 (Vt. July 16, 2018); *Post & Beam Equities Group, LLC v. Sunne Village Development Property Owners Ass'n*, 124 A.3d 454 (Vt. 2015); *Post & Beam Equity Grp., LLC v. Sunne Vill. Dev. Prop. Owners Ass'n*, 2015 Vt. 60 (Vt. 2015); *Walsh v. Frank Cluba & Good Stuff, Inc*., 117 A.3d 798 (Vt. 2015); *Septic v. LaCoste*, Supreme Court No. 2012-408 (Vt. June 12, 2013); *Trombly Plumbings&sHeating v. Quinn*, 25 A.3d 565 (Vt. 2011); *Kwon v. Eaton*, 2010 Vt. 73 (Vt. 2010); *Reed v. Zurn*, 187 Vt. 613 (Vt. 2010); *B & F Land Development, LLC v. Steinfeld*, 2008 Vt. 109 (Vt. 2008); *Fortney & Weygandt, Inc. v. Lewiston Dmep IX, LLC*, 2022 Me. 5 (Me. 2022); entre otros.

[1029] Este caso *The Electric Man, Inc. v. Charos*, de la Corte Suprema de Vermont, se centra en una disputa entre un contratista, Ernest Salo, y los propietarios de una casa de vacaciones. La disputa comenzó cuando el contratista solicitó fondos adicionales y los propietarios le exigieron que se mantuviera alejado de la propiedad. El contratista presentó una moción buscando honorarios de abogados, intereses y daños e intereses bajo la ley de pago puntual. El tribunal de primera instancia sólo otorgó una parte de los honorarios, lo cual el contratista apeló. El contratista argumenta que tiene derecho a todos los honorarios, ya que la ley de pago puntual lo requiere. El tribunal en *L'Esperance v. Benware* dictaminó de manera similar. El caso también discute el razonamiento del tribunal para rechazar una interpretación restrictiva de la ley de pago puntual y aborda el error del tribunal al no otorgar honorarios relacionados con la mediación.

[1030] Vermont Built, Inc. firmó un contrato con Steve Krolick y Lisa Stickney para la construcción de una residencia unifamiliar. El contrato contenía dos cláusulas clave: una que permitía al contratista rescindir el contrato y recuperar el pago si los propietarios no realizaban los pagos anticipados, y otra que establecía que las disputas se resolverían mediante arbitraje. Surgió una disputa cuando los propietarios se negaron a realizar un pago anticipado, lo que llevó al contratista a detener la construcción y presentar un gravamen mecánico. El contratista presentó una demanda, pero el tribunal ordenó a las partes que se sometieran a arbitraje. El árbitro otorgó al contratista $28,877, pero dedujo $8,130 por trabajo defectuoso y negó los honorarios y costos de abogados de ambas partes. El contratista solicitó la anulación o modificación del laudo, pero el tribunal finalmente concluyó que el contratista no podía demostrar que el árbitro se había excedido en sus facultades. El tribunal modificó el laudo para ordenar a los propietarios que pagaran los honorarios de los abogados y los intereses previos al juicio al contratista.

[1031] Solar Applications Engineering, Inc. y T.A. Operating Corporation firmaron un contrato para la construcción de una parada de camiones, pero surgieron disputas sobre la finalización del trabajo y la fijación de gravámenes. TA rescindió el contrato y se negó a realizar el pago final, lo que llevó a Solar a demandar por incumplimiento de contrato. Aunque el tribunal de primera instancia falló a favor de Solar, el tribunal de apelaciones revocó la decisión basándose en el incumplimiento por parte de Solar de una disposición de liberación de gravamen. Sin embargo, la Corte Suprema de Texas finalmente falló a favor de Solar, aclarando que la disposición de liberación de gravámenes es un pacto, no una condición precedente.

tener una demanda por incumplimiento de contrato contra la Asociación. En estos casos, el tribunal determinó que el contratista podía presentar una demanda por incumplimiento de contrato contra el propietario de la propiedad por negarse a pagar por el trabajo realizado.

En estos casos, el tribunal determinó que el contratista podía presentar una demanda por incumplimiento de contrato o enriquecimiento ilícito, al igual que *Depagne* contra el propietario de la propiedad por negarse a pagar por el trabajo realizado.

D). Caso Air Littoral: Sentencia Nº RG 02/03547, 2002[1032]

a). Antecedentes del caso

El 30 de junio de 2001, Air Littoral y Marc Y… acordaron un protocolo de arreglo con SairLines, sujeto a la ley francesa. El protocolo incluía la transferencia de acciones y bonos a Marc Y..., así como el pago de un préstamo por parte de SairLines. Sin embargo, después de los ataques del 11 de septiembre de 2001, SAirLines y SAirGroup, debido a su situación financiera deteriorada, fueron sometidos a un procedimiento de suspensión de composición por los tribunales suizos. Por medio de este protocolo estaba previsto que SairLines pagara un préstamo de 100.000.000 de francos a partir del 20 de septiembre de 2000 reembolsable en multa el 31 de diciembre de 2003 (a menos que se renuncie a la deuda según la cantidad de capital recaudado de los inversores).

SAirLines no otorgó el préstamo acordado a Air Littoral, y Swissair, una subsidiaria de SAirLines, redujo sus programas de vuelos y dejó de cumplir el contrato de chárter con Air Littoral. En octubre de 2001, Air Littoral y Marc Y... presentaron una demanda para obtener el pago de la cantidad acordada en compensación por los perjuicios sufridos.

En la demanda, se estableció que la responsabilidad de SairGroup y sus directores estaba comprometida debido a que no proporcionaron los medios financieros necesarios para cumplir los

[1032] Tribunal de Casaciones de Francia, *Air Littoral v. SairGroup*, Sentencia Nº RG 02/03547, 2002.

compromisos acordados previamente. Los demandantes invocaron la responsabilidad basada en la confianza y la *culpa in contrahendo* del derecho suizo.

El Tribunal de Comercio, en una sentencia emitida el 29 de mayo de 2002, rechazó las excepciones presentadas y declaró la no ejecución del protocolo de solución amistosa de 30 de junio de 2001 por parte de SairLines. Además, determinó que SairGroup y Mario X... se habían comprometido en el protocolo, siendo SairGroup quien ejerció un control efectivo sobre SAirLines y participó de manera decisiva en el proceso de reestructuración de Air Littoral.

Durante la formación del documento de su filial, el señor Corti desempeñó un papel decisivo en la venta de Air Littoral. Durante las negociaciones del protocolo de arreglo amistoso, el señor Corti hizo declaraciones sobre la situación financiera de Swissair, lo cual generó expectativas en Air Littoral y el señor Marc Y... de que SAirGroup cumpliría con los pagos acordados a tiempo.

Sin embargo, los directivos de facto y de jure de SAirLines no tomaron las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento del protocolo. Esto resultó en la falta de pago de la última cuota de la contribución financiera acordada en menos de tres meses después de la firma del protocolo.

La conducta desleal de los imputados comprometió su responsabilidad hacia Air Littoral y el señor Marc Y..., al defraudar la confianza depositada en ellos. Como resultado, se solicitó una compensación de 941,000 francos por los daños sufridos por Air Littoral debido a la rescisión del contrato de arrendamiento con Swissair, contraviniendo el protocolo establecido el 30 de junio de 2001.

Las costas de la instancia en sospecha legítima seguirán a las de la instancia principal y serán liquidadas por el Tribunal de Comercio de Rodez.

De modo que el Tribunal de Casaciones valoró el caso de la siguiente forma:

> Considerando que el Juzgado de lo Mercantil de Rodez será designado por tanto como tribunal de referencia para conocer de la citación emitida por Air Littoral y Marc Y... el 22 de enero de 2002 contra las sociedades SairLines, SairGroup y sus respectivos administradores, incluido Mario X. .. en pago de una suma de 9.146.941 en concepto de daños y perjuicios, en compensación por los daños sufridos como consecuencia de la rescisión del contrato de fletamento celebrado con Swissair, en contravención de los

términos del protocolo de 30 de junio de 2001…POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL Declara admisible la demanda formal, en cuanto al fondo, la declara fundada. Remite el caso y las partes al Juzgado de lo Mercantil de Rodez, tribunal remitente, para conocer de la citación emitida por Air Littoral y Marc Y... el 22 de enero de 2002, contra las sociedades SairLines, S air Group y sus respectivos administradores, entre ellos Mario X..., en pago de una suma de 9.146.941 € en concepto de daños y perjuicios, en compensación por la pérdida sufrida como consecuencia de la rescisión del contrato de fletamento celebrado con Swissair, contrariamente a lo dispuesto en el protocolo de 30 de junio de 2001 (*Air Littoral v. SairGroup*).

Como vemos, el Tribunal de Casaciones resuelve el caso sin adentrarse a los pormenores de la CIC. El Tribunal se centra en la confianza razonable, en las expectativas despertadas en el demandante Air Littoral por parte de las representaciones de del demandado Air Group, y los consecuentes daños al perder el contrato de flete con Swissair.

b). Análisis del Caso

En el *common law*, este caso se habría resuelto por medio de la responsabilidad contractual y no del PE, (pese a que el Tribunal se centra en la confianza defraudada, o en las expectativas generadas por el promitente, y el consecuente daño emergente a consecuencia de la confianza detrimental del demandante), ya que el caso versa sobre un incumplimiento del contrato o del protocol firmado por las partes involucradas (Air Littoral y Air Group) el 30 de junio de 2001. En la responsabilidad contractual, los daños y perjuicios de 9.146.941 € son el reflejo de la pérdida del contrato de flete con Swiss Air; sin embargo, si el PE habría prestado su análisis para este caso, la doctrina impondría que se defina en qué sentido el demandante ha realizado un acto de acción o de omisión fundado en las expectativas generadas por la parte demandada.

c). El Caso en el Sistema del Common Law

Este caso gira en torno a una disputa entre Air Littoral y SAirLines, derivada de la falta de préstamo de SAirLines a Air Littoral según lo acordado en un protocolo. Air Littoral reclama una indemnización por daños y perjuicios, mientras que SAirLines impugna la jurisdicción del tribunal y la validez de las reclamaciones.

También este caso trata de una disputa entre Air Littoral y SairLines/SairGroup sobre un contrato de fletamento cancelado. Air Littoral reclama una indemnización por daños y perjuicios, mientras que SAirLines impugna la jurisdicción del tribunal y la validez de las reclamaciones.

Este caso analiza varias teorías, incluido el concepto de "culpa in contrahendo", pero el Tribunal de Casaciones, centrándose en la confianza generada y los daños resultantes para Air Littoral, remitió el caso al Juzgado de lo Mercantil de Rodez para una nueva revisión, enfocándose en la responsabilidad contractual y no en la culpa in contrahendo.

En este contexto, analizaremos sobre las posibles causas de acción de Air Littoral contra SairGroup por no prestar SAirLines a Air Littoral según lo acordado en un protocolo. Sobre la base de los casos, Air Littoral puede tener reclamaciones por incumplimiento de contrato, enriquecimiento injusto y/o quantum meruit.

La autoridad más relevante para nuestra investigación es *Les Indus. Wipeco v. Bluestem Mgmt. Advisors*, No. 21-2289-JAR-ADM (D. Kan. June 30, 2023) [1033], que discute la cuestión de si un contrato ha sido modificado o renunciado por un acuerdo posterior. Este caso podría ser relevante para la cuestión de si SairGroup incumplió su acuerdo con Air Littoral al no prestar SAirLines según lo acordado.

El caso de *U.S. Bank v. DLJ Mtge. Capital, Inc.,* 2022 N.Y. Slip Op. 66389 (N.Y. 2022)[1034] también es relevante, ya que discute la importancia de cumplir con los términos de un contrato.

[1033] Este caso, número No. 21-2289-JAR-ADM, en la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Kansas, involucra un conflicto entre Les Industries Wipeco, Inc. (demandante) y Bluestem Management Advisors, LLC, et al. (demandados), con fecha de decisión el 30 de junio de 2023. El tribunal negó la moción de Wipeco para un juicio sumario parcial sobre las reclamaciones de incumplimiento de contrato en la Cuenta I y las reclamaciones de enriquecimiento injusto en la Cuenta IV, pero otorgó a los demandados un juicio sumario sobre las reclamaciones de incumplimiento de contrato en la Cuenta I. También concedió a Bluestem Management y Johnson un juicio sumario sobre las reclamaciones de fraude y misrepresentación negligente en las Cuentas II y III, y otorgó a los demandados un juicio sumario en parte sobre la reclamación de enriquecimiento injusto en la Cuenta IV. El tribunal ordenó a Wipeco presentar un informe suplementario sobre las reclamaciones de incumplimiento de contrato contra Bluestem Healthcare y Johnson.
El caso también describe el estándar de juicio sumario, que requiere que la parte solicitante demuestre que no existe disputa genuina sobre ningún hecho material y que tiene derecho al juicio como cuestión de ley. El tribunal considera la evidencia y todas las inferencias razonables a favor de la parte no solicitante. Además, el caso discute las relaciones entre las partes, incluyendo la consulta de Wipeco sobre la compra de guantes de nitrilo, la provisión de un Acuerdo de Términos de Guantes por parte de Bluestem Management y la entrega de tres órdenes de compra de Wipeco a Bluestem Management.
El caso también aborda disputas sobre los pedidos de 4 mil y 8 mil, incluyendo retrasos, cambios de precios y disputas entre las partes. Asimismo, discute si el contrato fue modificado, si Bluestem Management incumplió el contrato al no entregar guantes o un conocimiento de embarque, y si Bluestem Management no mantuvo los depósitos en custodia. Finalmente, el caso trata la admisibilidad de la evidencia parol (que lo veremos en el capítulo V), el tema de si una parte repudió anticipadamente el contrato y las defensas afirmativas de los demandados de impracticabilidad y fuerza mayor.

[1034] U.S. Bank demanda a DLJ Mortgage Capital, Inc. por incumplimiento de contrato, alegando que DLJ no se adhirió a las representaciones y garantías hechas en el acuerdo de agrupamiento y servicio (PSA, por sus siglas en inglés). Específicamente, U.S. Bank afirma que DLJ no suscribió cada préstamo de acuerdo con los estándares de suscripción de los originadores y la ley

Sin embargo, el caso se refiere a un protocolo de recompra en lugar de a un acuerdo de préstamo, por lo que la aplicabilidad de su razonamiento a la solicitud de investigación es por analogía.

El caso de *Barberan v. Nationpoint*, 706 F. Supp. 2d 408 (S.D.N.Y. 2010)[1035] proporciona una guía general sobre los elementos de una reclamación por incumplimiento de contrato en virtud de la ley de Nueva York, que puede ser información de fondo útil[1036].

---

aplicable. U.S. Bank busca que DLJ recompre 1,204 préstamos, así como cualquier otro préstamo hipotecario en el fideicomiso que DLJ haya incumplido. Sin embargo, DLJ argumenta que U.S. Bank no puede buscar recuperación para 480 de los préstamos porque no fueron identificados específicamente en cartas previas al juicio. La disputa gira en torno a la disposición de "protocolo de recompra como único remedio" en el PSA, que requiere un aviso específico para cada préstamo antes del juicio. La Corte de Apelaciones de Nueva York finalmente revierte una decisión de un tribunal inferior, encontrando que U.S. Bank no proporcionó el aviso oportuno requerido por el protocolo de recompra. La corte también concluye que el "Precio de Recompra" no incluye intereses posteriores a la liquidación.

[1035] Seguido por *Nagessar v. Ne. All. Mortg. Banking Corp*., 18-cv-6709 (KAM) (RER) (E.D.N.Y. Aug. 5, 2022); *Costa v. Deutsche Bank Nat'l Tr.*, 247 F. Supp. 3d 329 (S.D.N.Y. 2017); *Zutel v. Wells Fargo Bank, N.A.*, 12-CV-3656 (RRM) (VMS) (E.D.N.Y. Sep. 22, 2014); *Gass v. Mamedova-Braz*, 15 Civ. 3799 (ER) (S.D.N.Y. Aug. 18, 2017); *Cosmas v. American Express Centurion Bank*, 757 F. Supp. 2d 489 (D.N.J. 2010); *Varlack v. TD Bank N.*, 1:23-CV-7216 (LTS) (S.D.N.Y. Oct. 16, 2023); *Harrison v. Kaner*, 23-CV-0944 (LTS) (S.D.N.Y. Apr. 17, 2023); *Badger v. Cuny Graduate Ctr*., 22-cv-9784 (ER) (S.D.N.Y. Jan. 4, 2023); *Wilson v. HSBC Bank*, U.S., 16-cv-8405 (NSR) (S.D.N.Y. Mar. 1, 2019); *Comunale v. Home Depot, U.S.A., Inc.*, 328 F. Supp. 3d 70 (W.D.N.Y. 2018); *Khan v. CXA-16 Corp.*, No. 16-CV-6672 (RA) (S.D.N.Y. May 5, 2017); *Zap v. Mortg. Elec. Registration Sys., Inc*., 6:15-cv-00624 (MAD/TWD) (N.D.N.Y. Nov. 1, 2016); *Mbody Minimally Invasive Surgery, P.C. v. United Healthcare Ins. Co.*, 14 Civ. 2495 (ER) (S.D.N.Y. Aug. 15, 2016); *Knight-Hurney v. Suffolk Cnty. Nat'l Bank*, 14-CV-1092(JS)(AKT) (E.D.N.Y. Sep. 30, 2014); *Mendy v. JP Morgan Chase & Co.*, 12 Civ. 8252 (PGG) (S.D.N.Y. Mar. 23, 2014); *Kahraman v. Countrywide Home Loans, Inc.*, 886 F. Supp. 2d 114 (E.D.N.Y. 2012); *DPWN Holdings (USA), Inc. v. United Air Lines, Inc*., 747 F.3d 145 (2d Cir. 2014); *Moore v. U.S. Dep't of Educ*., 457 F. App'x 10 (2d Cir. 2011); *Varlack v. Transunion*, 23-CV-6760 (LTS) (S.D.N.Y. Oct. 10, 2023); *Barron v. Helbiz Inc.*, 20 Civ. 04703 (LLS) (S.D.N.Y. Sep. 1, 2023); *Balash v. The Bank of N.Y. Mellon Tr. Co.*, 1:22-cv-01120 (BKS/DJS) (N.D.N.Y. July 10, 2023); *Rivas v. L&N Builders Grp.*, Civil Action 22-7544 (SDW)(JBC) (D.N.J. June 15, 2023); *Essilor Mfg. (Thailand) Co. v. J.P. Morgan Chase Bank*, 1:22-cv-03361 (S.D.N.Y. Apr. 26, 2023); *Essilor Int'l SAS v. J.P. Morgan Chase Bank*, 22-cv-3361 (LJL) (S.D.N.Y. Jan. 4, 2023); *Poulin v. Bos. Sci. Corp*., 22-CV-553JLS(F) (W.D.N.Y. Dec. 9, 2022); *Cadet v. All. Nursing Staffing of N.Y*., 21 Civ. 3994 (KPF) (S.D.N.Y. Sep. 29, 2022); *Ainger v. Great Am. Assurance Co*., Civil Action 2020-0005 (D.V.I. Sep. 22, 2022); *Demarattes v. Enhanced Recovery Co*., 20-CV-4722(KAM)(LB) (E.D.N.Y. Sep. 9, 2022); *Marrero v. U.S. Bank*, 21 CV 11182 (VB) (S.D.N.Y. Sep. 2, 2022); *Miss Jones LLC v. Stiles*, 17-cv-01450 (NSR) (S.D.N.Y. May 26, 2022); *Manes v. JP Morgan Chase Bank*, 20-CV-11059 (VEC) (S.D.N.Y. Mar. 7, 2022); *Hunter v. Equifax Info. Sols*., No. 20-CV-639S (W.D.N.Y. Nov. 12, 2021); *Perez v. Experian*, 20-CV-9119 (PAE) (JLC) (S.D.N.Y. Oct. 14, 2021); *Covenant Imaging, LLC v. Viking Rigging & Logistics, Inc.*, 3:20-CV-00593 (KAD) (D. Conn. Mar. 16, 2021); *Graham v. HSBC Mortg.*, No. 18-CV-4196 (KMK) (S.D.N.Y. Sep. 23, 2020); *Nagessar v. Ne. All. Mortg. Banking Corp*., 18-cv-6709 (KAM) (RER) (E.D.N.Y. June 8, 2020); *Feibleman v. Trs. of Columbia Univ. in N.Y*., 19-CV-4327 (VEC) (S.D.N.Y. Feb. 24, 2020); *Scalercio-Isenberg v. Citizens Fin. Grp*., 18-cv-9226 (JGK) (S.D.N.Y. Dec. 23, 2019); *J&R Multifamily Grp., Ltd. v. U.S. Bank N.A*., 19-cv-1878 (PKC) (S.D.N.Y. Dec. 5, 2019); entre otros.

[1036] Jimmy y Tatsiana Barberan están demandando a Nationpoint, Mortgage Electronic Registration Systems, Inc., Home Loan Services, Inc., LaSalle Bank National Association y First Franklin Mortgage Loan Trust por varias reclamaciones, incluyendo acción de silencio de título, violaciones de la Ley de Veracidad en Préstamos (TILA, por sus siglas en inglés), incumplimiento de contrato, incumplimiento de deber fiduciario, negligencia y ejecución hipotecaria indebida. Los demandados presentaron una moción para desestimar todas las reclamaciones de los demandantes, sobre la cual el tribunal está decidiendo en base a los documentos presentados, sin argumento oral. Los demandantes afirman que nunca firmaron la nota promisoria ni el contrato hipotecario, pero también declaran que mantuvieron el préstamo al día hasta que lo rescindieron. Alegan que los formularios de divulgación de TILA no eran precisos y contenían información engañosa, y que MERS ocultó la identidad de la parte para la que actuaba como nominado. Los demandantes también afirman que LaSalle no es el titular de ninguna nota o hipoteca relevante para ellos. El tribunal consideró varios documentos presentados por los demandados, pero no tomó en cuenta ciertos documentos debido a disputas sobre su autenticidad. El tribunal encontró que los demandantes habían declarado adecuadamente una reclamación para un decreto de silencio de título contra LaSalle, y habían alegado hechos suficientes para establecer una plausible reclamación equitativa de silencio de título contra Nationpoint, MERS y LaSalle. El tribunal negó la moción para desestimar para tres de los demandados, pero la concedió para uno. El tribunal también encontró que ciertos demandados eran responsables por violaciones de TILA. Sin embargo, el tribunal desestimó las reclamaciones de incumplimiento de contrato de los demandantes, encontrando que no habían planteado una reclamación plausible de ser partes o beneficiarios de terceros de los contratos. El tribunal también

El caso de *The Bos. Consulting Grp. v. GameStop Corp*., Civil Action 22-363-CJB (D. Del. Mar. 29, 2023)[1037] analiza la aplicabilidad de un contrato y las implicaciones de un incumplimiento.

En este contexto, Air Littoral podría explorar diversas vías legales, incluyendo incumplimiento de contrato y enriquecimiento injusto, apoyándose en jurisprudencia relevante que aborda temas de validez contractual, cumplimiento de acuerdos y consecuencias de incumplimientos contractuales.

6.4. Italia

A). Caso Fondedile.[1038]

a). Antecedentes del Caso

El caso se refiere a una disputa entre la empresa Fondedile Costruzioni ("Fondedile") y el Ministerio de Infraestructura y Transporte ("Ministerio"). Fondedile demandó al Ministerio solicitando la resolución de un contrato de construcción de obras y el pago de daños y perjuicios. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, y Fondedile apeló la decisión. La Corte Suprema de Cassazione confirmó la sentencia de primera instancia en parte y admitió parcialmente el recurso de Fondedile. El caso se centra en la cuestión de la responsabilidad contractual y precontractual del Ministerio.

La Corte de Apelación de Roma rechazó el recurso de Fondedile, argumentando que la falta de registro del decreto de aprobación del contrato lo hizo ineficaz frente a la Administración.

---

desestimó las reclamaciones de agravio de los demandantes, encontrando que estaban prevenidas por la Ley de Informes de Crédito Justo.

[1037] En la Acción Civil 22-363-CJB, Boston Consulting Group (BCG) está demandando a GameStop Corp. por incumplimiento de contrato y violación del pacto implícito de buena fe y trato justo. El conflicto surge de un acuerdo denominado "Declaración de Trabajo" (SOW, por sus siglas en inglés) que ambas compañías firmaron en 2019, en el cual BCG ayudaría a GameStop a mejorar sus operaciones comerciales. BCG alega que GameStop incumplió el SOW al no pagar ciertas tarifas variables y al no asistir a reuniones "termómetro" para discutir las mejoras proyectadas en las ganancias. El tribunal está evaluando si el SOW es un contrato indefinido en cuanto a alguna de sus disposiciones esenciales o materiales, y si se trata de un acuerdo preliminar Tipo II.
El tribunal se ha posicionado a favor de BCG en la cuestión de si las disposiciones del SOW relacionadas con los pagos de tarifas variables constituyen un acuerdo Tipo II. También ha concluido que BCG ha alegado de manera plausible que GameStop incumplió un acuerdo Tipo II al no negociar de buena fe. Sin embargo, el tribunal desestimó una de las reclamaciones de BCG por incumplimiento de contrato y su reclamación por violación del pacto implícito de buena fe y trato justo, pero permitió a BCG la oportunidad de enmendar su demanda.

[1038] Cass. 11-03-2015, No. **25371.** E**n adelante referida como "***Fondedile Costruzioni S.R.L. En Liquidación v. Ministerio de Infraestructura y Transporte" o "caso Fondedile.*

Fondedile presentó un recurso de casación basado en dos motivos, pero la Corte de Apelación excluyó la responsabilidad precontractual del Ministerio. La sentencia consideró que no se demostró la culpa del Ministerio en el resultado negativo del contrato y que el proceso de licitación se llevó a cabo correctamente. Sin embargo, el Tribunal de Casaciones disintió.

Los dos motivos que expone la parte demandante en su recurso de casación son:

1). El primer motivo alega la violación de la Ley 20 de marzo de 1865, n. 2248, art. 337, anexo F, ya que la sentencia impugnada consideró que la falta de registro del decreto ministerial de aprobación del contrato implicaba la total ineficacia del mismo, desconociendo erróneamente el efecto del decreto de aprobación y el papel secundario y residual del registro (en cuanto a la eficacia, pero no a la ejecutoriedad del contrato). El Tribunal de Casaciones consideró que este motivo carece de fundamento.

2). En el segundo motivo, la recurrente denuncia la violación de los artículos 1337[1039] y 1338[1040] del Código Civil[1041], al excluir la responsabilidad precontractual o extracontractual de la Administración, que fue invocada en relación con la negativa de registro del decreto de aprobación del contrato debido a su conducta negligente en la fase de planificación de la obra. La Corte de Apelaciones no habría tenido en cuenta la confianza razonablemente depositada por la empresa demandante en la autenticidad del proyecto, cuya ejecución era objeto de un contrato firmado y aprobado, y en el cual la empresa demandante ya había comenzado a trabajar como resultado de la entrega anticipada de los trabajos por razones de urgencia. Además, no habría tenido en cuenta que la Administración no había justificado su conducta, ya que suspendió los trabajos durante un largo período sin informar a la empresa.

La Corte de Apelaciones excluyó la responsabilidad precontractual del Ministerio, considerando que la demandante no había demostrado su culpa en el resultado negativo del asunto contractual y, de hecho, se debía excluir la culpa considerando la legitimidad del ejercicio de la función pública por parte del Ministerio en el procedimiento de licitación que se llevó a cabo correctamente, como lo testificaba la mención en el decreto de aprobación del contrato de la aprobación de las obras por parte del Consejo Superior de Obras Públicas. Mientras que la negativa

[1039] CCI §1337: "Las partes, al llevar a cabo las negociaciones y formar el contrato, deben comportarse de buena fe."
[1040] CCI § 1338: "La parte que, conociendo o debiera haber conocido la existencia de una causa de nulidad del contrato, no ha informado a la otra parte está obligada a indemnizar el daño sufrido por esta última por haber confiado, sin culpa propia, en la validez del contrato."
[1041] Ferro menciona la importancia de comportarse de buena fe durante las negociaciones contractuales y el "obbligo di buona fede" (obligación de buena fe) en relación con el Artículo 1337 del Código Civil italiano. (Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam, pp. 73-77.)

de registro en la Corte de Cuentas (debido a la falta de visado de conformidad por parte del Ministerio de Bienes Culturales y Ambientales) no demostraba que el Ministerio estuviera al tanto de elementos que obstaculizaran la realización de las obras.

Este motivo es válido, según el Tribunal de Casaciones, que considera que la responsabilidad precontractual de la Administración Pública se basa en el comportamiento y la violación de los deberes de corrección y buena fe durante la negociación y formación del contrato. La evolución jurisprudencial equipara a la Administración con los contratantes privados en todas las etapas del proceso de licitación pública. La Corte de Apelación se limitó a evaluar la legitimidad formal de los actos del procedimiento de licitación privada, pero esto no es adecuado, ya que la responsabilidad precontractual de la Administración se basa en el comportamiento y no en los actos específicos. Es necesario evaluar la corrección del comportamiento global durante las negociaciones y la formación del contrato, independientemente de la legitimidad de los actos administrativos.

La parte demandante considera que la sentencia impugnada no investigó las razones de las observaciones de la Corte sobre las decisiones técnicas de la obra ni dio importancia a la entrega anticipada de los trabajos y al compromiso de la empresa. Se pasó por alto que la Administración debe informar al contratante sobre el proceso de control y proteger su confianza. La Administración es responsable, según el demandante, si exige la ejecución anticipada sin cumplir los requisitos, y que existe un principio que establece que la Administración debe comportarse de buena fe y corregir sus acciones: No informar a la otra parte sobre una causa de invalidez o ineficacia del contrato puede generar responsabilidad.

El Tribunal expone que se debe analizar el significado de “normas generales, que se presumen conocidas por la generalidad de los ciudadanos” al interpretar la norma en cuestión. Se argumenta que cualquier norma legal, independientemente de su naturaleza (imperativa, prohibitiva o con efecto de derecho objetivo), debería ser conocida por presunción absoluta, lo que podría descartar el artículo 1338 del Código Civil.

Se plantea que el principio *ignorantia legis non excusat* (la ignorancia de la ley no excusa) no sería aplicable en este caso, ya que el contratante no alega su ignorancia para evitar los efectos del incumplimiento de la norma legal, sino para buscar compensación por el daño derivado de la violación de la obligación de información impuesta por la ley a la otra parte. También se destaca que el ordenamiento jurídico reconoce la importancia del error de derecho que afecta la voluntad

del contratante cuando es esencial y reconocible, protegiéndolo mediante la anulación del contrato en su interés[1042].

Se argumenta en contra de estas objeciones que el artículo 1338 del Código Civil reconoce el derecho a indemnización para la parte que confió en la validez del contrato "sin culpa suya". Si la parte actúa con culpa al conocer la invalidez o ineficacia del contrato, no puede atribuir a la otra parte el daño que es consecuencia de su propio comportamiento, según el principio establecido en el artículo 1227 del Código Civil[1043].

Ampliar excesivamente el deber de diligencia de la parte receptora de la información sobre la invalidez o ineficacia del contrato comprometería el propósito y utilidad del artículo 1338 del Código Civil. Este artículo no es simplemente repetitivo de otras disposiciones sobre buena fe y reciprocidad de información, sino que impone a una sola parte la obligación específica de informar a la otra parte si conoce o debería conocer la existencia de una causa de invalidez o ineficacia. La parte receptora tiene derecho a recibir la información y, en su ausencia, a ser indemnizada por confiar razonablemente en la validez y eficacia del contrato. La parte obligada puede demostrar que la otra parte actuó culposamente al confiar en la validez del contrato, pero debe presentar hechos y circunstancias específicas que demuestren su conocimiento de la causa que afecta el contrato.

El Tribunal valora que el principio *ignorantia legis non excusat* en contratos no tiene un valor general y absoluto. Se debe analizar caso por caso la diligencia y la excusabilidad de la confianza del contratante, considerando el conocimiento de la norma y las circunstancias de hecho relacionadas con la invalidez contractual. El desconocimiento de una norma no implica necesariamente culpa, especialmente cuando se contrata con una Administración negligente que conduce el proceso hasta la firma de un contrato inválido o ineficaz. El conocimiento abstracto de la norma no es determinante para la percepción de la invalidez del contrato; se requiere la cooperación del otro contratante y su obligación de comunicar las circunstancias que puedan afectar la validez o eficacia del contrato[1044]. La Administración tiene la obligación de informar sobre las

[1042] Para Oughton, en el caso de un error mutuo, sostiene que el contrato es nulo si el error es fundamental para el contrato. Sin embargo, si el error no es fundamental, el contrato sigue siendo vinculante. Además, el autor analiza la importancia de observar los contratos y la necesidad de que las partes confíen en las estipulaciones del contrato para su protección. (Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish, p. 255).

[1043] CCI § 1227: "si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a causar el daño, el resarcimiento es disminuido conforme a la gravedad de la culpa y la entidad de las consecuencias que se derivan de él."

[1044] Gómez Calle discute cómo la buena fe se utiliza para determinar el surgimiento de los deberes de lealtad y cooperación durante la etapa de negociación de un contrato. (Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley, p. 120). En igual sentido, Mosset Iturraspe menciona la importancia de la buena fe en la interpretación de contratos.

causas de invalidez contractual y proteger la confianza de los contratistas. En casos de anulación de adjudicaciones con caducidad del contrato, se puede proteger al empresario que confió legítimamente en la adjudicación y en la firma del contrato.

La sentencia impugnada es anulada en relación con el segundo motivo de apelación, que es aceptado, y se remite al Tribunal de Apelación de Roma, en una composición diferente, para que reexamine el caso y aplique los principios de derecho antes mencionados. El Tribunal de Apelación decidirá sobre los costos del proceso de apelación.

En resumen, el tribunal rechaza el primer motivo y, al aceptar el segundo motivo, anula la sentencia impugnada y la remite al Tribunal de Apelación de Roma, en una composición diferente, también para decidir sobre los costos del proceso de apelación. La sentencia fue emitida en Roma el 11 de marzo de 2015 y depositada en la Secretaría el 12 de mayo de 2015.

Entonces, lo que el Tribunal de Casaciones quiere valorar es la culpa o el grado de culpa de la empresa demandante, que podría reducir la culpa in contrahendo de la administración pública en fallar a su deber de informar sobre una causal de nulidad (en este caso sobre el correcto visado del registro), de acuerdo al numeral 1338 del Código Civil Italiano.

En el *common law* americano, la figura de la CIC en la figura de la omisión de informar cuando exista obligación de hacerlo es concomitante con la figura del misrepresentation (como lo venimos analizando en las resoluciones anteriores), y existe abundante jurisprudencia que apunta a reducir la responsabilidad del demandado en caso de negligencia contributoria de la parte demandante.[1045]

De otra parte, es debatible el extremo de encontrar un caso de tergiversación por parte de la administración pública. En el caso *Loosli v. City of Salem*, 345 Or. 303 (Or. 2008) la Corte no encontró negligencia en la parte demandada. Este caso involucra una disputa entre los demandantes y la Ciudad de Salem con respecto a la negligente provisión de información incorrecta por parte de la ciudad. El tribunal de primera instancia falló a favor de la ciudad, declarando que no tenía ninguna obligación hacia los demandantes y no era responsable de los daños económicos causados

---

Específicamente, afirma que "a través del prisma de la buena fe debe visualizarse el negocio jurídico como un instrumento solidario de cooperación entre las partes para el logro de una finalidad común". (Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores, p. 152).

[1045] Ver por ejemplo: *Falck Props., LLC v. Walnut Capital Real Estate Servs., Inc*. (In re Brownsville Prop. Corp., Inc.), No. 10-21959-TPA (Bankr. W.D. Pa. Aug. 1, 2013) donde se sostuvo que "En ese sentido, el Tribunal señala que…la negligencia concurrente se aplica en reclamos de misrepresentación negligente."

por su negligencia. La Corte de Apelaciones confirmó esta decisión y la Corte Suprema también respaldó el fallo del tribunal inferior.

En *Loosli* los demandantes deseaban iniciar un negocio de venta de autos usados y solicitaron un certificado de distribuidor de vehículos al Departamento de Transporte de Oregón. La solicitud requería una certificación de un funcionario del gobierno local que indicara que el negocio cumplía con las ordenanzas locales de uso de suelo y otras. El empleado de la ciudad encargado de revisar la solicitud certificó por error que el negocio cumplía con las ordenanzas, pero posteriormente notificó a los demandantes que la ubicación propuesta no estaba permitida para la venta de automóviles. Como resultado, los demandantes incurrieron en pérdidas económicas.

Los demandantes presentaron una demanda por negligencia contra la ciudad, argumentando que la ciudad tenía la obligación de proteger sus intereses económicos basada en su relación con la ciudad. La ciudad argumentó que no tenía ninguna obligación más allá de cumplir con los requisitos legales para la certificación.

La Corte Suprema analizó las leyes pertinentes y determinó que el propósito del requisito de certificación era garantizar la coordinación entre los organismos reguladores estatales y locales y proteger los intereses del público. El tribunal determinó que el cumplimiento de la ciudad con el requisito de certificación no establecía una "relación especial" con los demandantes que impusiera a la ciudad la obligación de proteger sus intereses económicos.

El tribunal también se refirió a la Sección 552 del Segundo Restatement de Torts[1046], que trata sobre la responsabilidad por representaciones negligentes, pero concluyó que no era necesario aplicar esta sección en el presente caso. En última instancia, el tribunal falló a favor de la ciudad, confirmando las decisiones de los tribunales inferiores y estableciendo que la ciudad no era responsable de las pérdidas económicas de los demandantes.

b). Análisis del Caso

[1046] Second Restatement of Torts (SRT). 1965-1979. (EE.UU.) §552: (1) Quien, en el curso de su negocio, profesión o empleo, o en cualquier otra transacción en la que tenga un interés pecuniario, suministre información falsa para la guía de otros en sus transacciones comerciales, está sujeto a responsabilidad por pérdidas pecuniarias causadas a ellos por su legítima confianza en la información, si no ejerce un cuidado o competencia razonables al obtener o comunicar la información.
(2) Salvo lo establecido en la Subsección (3), la responsabilidad establecida en la Subsección (1) se limita a las pérdidas sufridas
(a) por la persona o uno de un grupo limitado de personas en cuyo beneficio y guía tiene la intención de suministrar la información o sabe que el destinatario tiene la intención de suministrarla; y
(b) a través de la confianza en ella en una transacción que él tiene la intención de influir con la información o sabe que el destinatario también lo tiene, o en una transacción sustancialmente similar.
(3) La responsabilidad de aquel que tiene un deber público de suministrar la información se extiende a las pérdidas sufridas por cualquier miembro de la clase de personas para cuyo beneficio se crea el deber, en cualquiera de las transacciones en las que se pretende protegerlos.

En el caso *Fondedile Costruzioni vs. el Ministerio de Infraestructura y Transporte*, se plantea un escenario donde la comparación entre la culpa in contrahendo (CIC) y el misrepresentation se vuelve relevante, particularmente en cuanto a los deberes de informar y no engañar. Examinemos cómo ambas teorías pueden conducir a un resultado similar en este contexto.

a. Misrepresentation

1. Aseveración Contraria a los Hechos: Si el Ministerio hubiera proporcionado información errónea o incompleta sobre la eficacia del contrato, esto sería análogo a una aseveración contraria a los hechos.

2. Naturaleza Fraudulenta: Si el Ministerio estuvo consciente de la ineficacia del contrato y aún así procedió sin divulgar esta información, esto podría interpretarse como una naturaleza fraudulenta.

3. Confianza del Receptor: Fondedile, basándose en la información proporcionada, confió en la validez del contrato para iniciar el trabajo.

4. Justificación de la Confianza: La confianza de Fondedile en la información del Ministerio parece justificada, dada la naturaleza oficial del Ministerio y el contexto del contrato.

b. Culpa in Contrahendo

1. Deber de Cuidado: El Ministerio, en su rol de entidad gubernamental en un proceso de licitación, tiene el deber de cuidar los intereses de los contratistas, como Fondedile, en el proceso de licitación.

2. Deber de Informar: El Ministerio posiblemente incumplió su deber de informar a Fondedile sobre el estado real y la eficacia del contrato.

3. Ruptura Maliciosa de Negociaciones: Si el Ministerio estaba al tanto de los problemas con el contrato y no informó a Fondedile, esto podría interpretarse como una ruptura maliciosa de las negociaciones, causando daños a Fondedile.

c. Análisis Comparativo y Conclusión

En ambos marcos teóricos, el núcleo del problema es la falla en divulgar información crucial que era fundamental para la toma de decisiones de Fondedile. Tanto en la CIC como en el

misrepresentation, la parte perjudicada (Fondedile) operó bajo la premisa de que estaba entrando en un contrato válido y eficaz, una creencia aparentemente fomentada por la falta de divulgación completa por parte del Ministerio.

El resultado en ambos casos sería similar: Fondedile tiene derecho a buscar compensación por los daños sufridos debido a la confianza de la información proporcionada (o no proporcionada) por el Ministerio. Esta comparación demuestra cómo, a pesar de las diferencias en los sistemas legales de donde provienen la CIC y el misrepresentation, los principios fundamentales de justicia, equidad y responsabilidad precontractual pueden llevar a resultados comparables en casos similares.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Las autoridades sugieren que una demanda por tergiversación puede tener éxito si el demandante puede demostrar que el demandado actuó de mala fe durante las negociaciones precontractuales, y que esa mala fe socavó la confianza necesaria para el éxito de la relación contractual.

Varias de las autoridades encontradas son pertinentes para nuestra investigación, por ejemplo, el caso de *Rumbley v. State Farm Fire & Cas. Co*., Civil Action 3:21-CV-209-KHJ-MTP (S.D. Miss. Apr. 28, 2022)[1047] analiza una demanda por mala fe en el contexto de una disputa contractual, que puede ser útil para determinar si el Ministerio de Infraestructura y Transporte de Italia es responsable de la responsabilidad precontractual.

El caso de *Burk Holding Co. v. Mt. Hawley Ins. Co*., Civil Action 22-3503 (E.D. La. Jan. 13, 2023)[1048] analiza la aplicabilidad de una cláusula de selección de foro, que podría ser información de fondo útil para la solicitud de investigación.

[1047] Roderic Rumbley presentó una reclamación de seguro ante State Farm Fire & Casualty Company después de que su casa sufriera daños en una tormenta de granizo. El techo de Rumbley resultó dañado, con la mayor parte del daño en las partes inclinadas del techo. El estimado inicial de State Farm para las reparaciones era de $9,136.41, pero Rumbley contrató a un contratista que proporcionó un estimado alternativo de $41,731.02. Rumbley informó a State Farm que la Ciudad de Madison prohibió el reemplazo de tejas sin reemplazar toda la pendiente, lo que llevó a State Farm a generar una segunda estimación de $28,951.52. Rumbley contrató a dos contratistas adicionales que estimaron que los costos de reparación eran significativamente más altos. Rumbley invocó la cláusula de tasación en su póliza, pero State Farm se negó a participar en el proceso de tasación cooperativa. Rumbley presentó una demanda contra State Farm, alegando incumplimiento de contrato, incumplimiento del deber de buena fe y trato justo, negligencia y responsabilidad indirecta. El tribunal discute la disputa sobre si State Farm incumplió el contrato y niega el juicio sumario sobre el reclamo por incumplimiento de contrato, pero otorga un juicio sumario sobre el reclamo de mala fe.

[1048] La Acción Civil 22-3503, *Burk Holding Co. v. Mt. Hawley Ins. Co.,* se decidió el 13 de enero de 2023 en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Este de Luisiana. Burk alega que Mt. Hawley "pagó muy mal la reclamación" y "negó

El caso de *Cd. Barnes Associates v. Grand Haven Hideaway*, 406 F. Supp. 2d 801 (W.D. Mich. 2005)[1049] discute la aplicabilidad de la Ley de Disputas Contractuales a las reclamaciones contra el gobierno[1050], y el efecto de una cláusula de "demandar y ser demandado" en la inmunidad soberana. Esta facultad es pertinente para la solicitud de investigación, pero no aborda directamente la cuestión de la responsabilidad precontractual por negociaciones de mala fe.

Finalmente, el caso de *Mansha Consulting LLC v. Alakai*, 236 F. Supp. 3d 1267 (D. Haw. 2017)[1051] es útil para la discusión de la distinción entre derecho de responsabilidad civil y derecho contractual, y el requisito de que una reclamación de responsabilidad extracontractual debe alegar un deber reconocido independientemente por el derecho de responsabilidad civil[1052].

---

indebidamente la cobertura" por los daños causados por el huracán Ida. Burk presentó una queja alegando incumplimiento del contrato de seguro y mala fe, de conformidad con La. Stat. Ann. §§ 22:1973 y 22:1892.5. Mt. Hawley buscó transferir la acción al Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York basándose en una cláusula de selección de foro en la póliza, que establece que cualquier litigio contra la compañía debe iniciarse en Nueva York. Burk argumentó que la cláusula de selección de foro era ambigua, no abarcaba todas las reclamaciones y estaba en contra de la política pública de Luisiana. Sin embargo, el tribunal consideró que la cláusula de selección de foro era inequívoca y obligatoria, y que las reclamaciones de Burk estaban dentro del alcance de la cláusula. El tribunal también concluyó que la cláusula de selección de foro no violaba la política pública y concedió la moción para transferir el lugar.

[1049] Seguido por *Wilkey v. Golden Feather Realty Services, Inc*., No. 1:06-cv-72 (E.D. Tenn. Aug. 25, 2006); *Cathedral Square Partners Ltd. P'ship v. South Dakota Hous. Dev. Auth*., 875 F. Supp. 2d 952 (D.S.D. 2012); *Fenix Constructors, Inc. v. Jackson*, No. 07-CV-712-TCK-SAJ (N.D. Okla. Mar. 19, 2009); *Jackson Land Holding Co. v. City of Detroit,* No. 328418 (Mich. Ct. App. Dec. 13, 2016); *Willowood Care Center of Brunswick Inc. v. Donovan*, No. 1:09 CV 2782 (N.D. Ohio Oct. 18, 2010); *C.D. Barnes Associates, Inc. v. GHHLP*, No. 1:04-CV-850 (W.D. Mich. Sep. 30, 2008); *Airadigm Communications, Inc. v. F.C.C*., 372 B.R. 894 (Bankr. W.D. Wis. 2006).

[1050] Aquí se analiza un caso relacionado con la construcción de un proyecto de viviendas multifamiliares conocido como Grand Haven Hideaway en Lakeshore Drive. El caso es entre Cd. Barnes Associates (el demandante y contratista general del proyecto) y Grand Haven Hideaway (el demandado y propietario/desarrollador del proyecto). El caso surgió después de que Grand Haven Hideaway incumpliera con el pago de un préstamo de Centennial Mortgage, que estaba asegurado por el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos (HUD). Barnes Associates presentó una demanda en el Tribunal de Circuito del Condado de Ottawa para ejecutar su gravamen de construcción, y luego enmendó la demanda para nombrar al Secretario de HUD como demandado. El Secretario de HUD trasladó el caso al Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, W.D. Michigan. HUD finalmente ejecutó la hipoteca y depositó las ganancias de la ejecución hipotecaria con el Secretario del Tribunal. El Secretario de HUD presentó una moción solicitando un juicio sumario con respecto a la demanda de ejecución hipotecaria y las reclamaciones cruzadas, y la desestimación de las reclamaciones restantes por falta de jurisdicción en la materia. El tribunal otorgó un juicio sumario al Secretario con respecto a la demanda de ejecución hipotecaria y las demandas cruzadas, pero rechazó la moción para desestimar las reclamaciones restantes. El caso también analiza la aplicación de la ley estatal frente a la federal para determinar la prioridad de los gravámenes, concluyendo que la regla federal de "primero en el tiempo" se aplica en este caso. Además, el caso aborda el argumento del Secretario de HUD de que las reclamaciones restantes de C.D. Barnes están prohibidas por la inmunidad soberana, así como la moción del Secretario para desestimar la reclamación de misrepresentación. El caso también analiza los reclamos de terceros beneficiarios y equitativos de C.D. Barnes, la aplicabilidad de la Ley de Disputas Contractuales (CDA) al caso y la cuestión de si una cláusula de "demandar y ser demandado" renuncia a la inmunidad soberana en las demandas contra HUD. En última instancia, el tribunal concluye que la CDA no es aplicable a las reclamaciones de C.D. Barnes, que la cláusula de "demandar y ser demandado" renuncia a la inmunidad soberana, y que el Secretario tiene el control de un fondo del que se puede satisfacer cualquier sentencia a favor de C.D. Barnes.

[1051] Seguido por *United States v. Sandwich Isles Commc'ns,* Civ. 18-00145 JMS-RT (D. Haw. Aug. 31, 2023); *Dural v. Sunia,* Civ. 21-00461 HG-WRP (D. Haw. Nov. 9, 2023); *Dural v. City of Honolulu,* Civ. 21-00461 HG-WRP (D. Haw. June 22, 2023); *Nicol v. Kaanapali Golf Estates Cmty. Ass'n*, CIV. 17-00251 JMS-KJM (D. Haw. Sep. 3, 2021); *Vergara v. Skyline ULTD Inc.,* CIVIL No. 19-00564 SOM/RT (D. Haw. Dec. 9, 2019).

[1052] Mansha Consulting LLC presentó una demanda contra Cliff Alakai, Jeffrey Kissel y Tom Matsuda por negligencia e incumplimiento del deber fiduciario, alegando que los demandados manejaron mal los pagos de facturas y causaron que Mansha perdiera millones de dólares. Matsuda, Kissel y Alakai presuntamente no tomaron las medidas adecuadas para resolver el problema,

6.5. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A. *Tacconi Spa v. HWS*[1053]

a). Antecedentes del Caso

Este caso fue resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero revolvió en torno a la ley italiana sobre responsabilidad precontractual.

En este caso, donde Tacconi demanda una indemnización como reparación del perjuicio que afirma haber sufrido como consecuencia de que la demandada incumpliera las obligaciones de buena fe en el tramo precontractual o negocial previo a un contrato. En efecto, en la Convención de Bruselas[1054], del 27 de Setiembre de 1968, dice en su artículo 5 numeral 3:

> **Artículo 5** Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 3. en materia delictual o cuasidelictual, **ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso**;

En este caso, la ley que se aplica es la ley donde se produce el daño y no donde se origina el daño. Los hechos son así: El 23 de enero de 1996, Tacconi demandó a HWS ante el *Tribunale di Perugia* con el fin de que se declarara que HWS y la sociedad de arrendamiento financiero *B.N. Commercio e Finanza Spa* ("BN") no habían celebrado un contrato de venta de una fundidora automática que HWS se comprometió a vender a BN, siendo así que BN y Tacconi ya habían celebrado, con consentimiento de HWS, un contrato de arrendamiento financiero que tenía por objeto la citada fundidora automática. Ante la negativa injustificada de HWS de vender

---

y Matsuda y Kissel proporcionaron garantías engañosas a Mansha. Los demandados presentaron mociones para desestimar la demanda, que el tribunal concedió. Sin embargo, el tribunal rechazó la moción de desestimación de Matsuda sobre la base de que la demanda por negligencia había prescrito. En última instancia, el tribunal desestimó la demanda por negligencia de Mansha porque la conducta alegada sólo invocaba los deberes derivados del contrato entre HHC y Mansha, y desestimó la demanda por incumplimiento del deber fiduciario porque no se aplicaba la doctrina del fondo fiduciario. El tribunal también dictaminó que Alakai no podía ser considerado responsable en virtud de la doctrina del fondo fiduciario debido a la falta de pruebas de negligencia grave.

[1053] *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002*.

[1054] Convención de Bruselas, 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la Republica Helénica y por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

tal maquinaria a BN, ésta se vio imposibilitada de completar el contrato de arrendamiento con Tacconi. Según Tacconi, no se había celebrado el contrato entre HWS y BN debido a la negativa injustificada de HWS a proceder a la venta y, por consiguiente, debido al incumplimiento por la citada sociedad de las obligaciones de lealtad y buena fe que debe observar. De esta forma, HWS defraudó la confianza legitima de Tacconi, que había contado con que se celebrara el contrato de venta. Por ende, Tacconi solicitaba que se condenara a HWS a reparar todos los perjuicios que supuestamente le había irrogado, perjuicio cuyo importe evaluaba en 3000 millones de liras italianas.

Según Tacconi, la ley a aplicar (de acuerdo al numeral 3 del artículo 5 de la Convención de Bruselas) era la del lugar donde se produjo el daño, en este caso el daño se produjo en Italia, por la negativa de HWS de vender la maquinaria automática a BN que le arrendaba al demandante. El Tribunal resolvió a favor de Tacconi, diciendo que la responsabilidad precontractual es una forma de responsabilidad extracontractual. Al usar la ley del lugar donde se producía el daño (Italia), entonces Tacconi pudo invocar el artículo 1337 del CC que expone que las partes tienen la obligación de negociar de buena fe y en este caso HWS no había actuado de buena fe de acuerdo a la normatividad del RINP italiano.

Se plantea una cuestión previa para ver si se aplicaba el numeral 3ro del artículo 5 de la Convención de Bruselas, arriba reseñado, que versa sobre responsabilidad extracontractual, o si se debía aplicar el numeral 1ro del artículo 5to que dice:

> Artículo 5: Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1. en materia contractual, ante el **tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda**; en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador(1);

Entonces, la cuestión previa debía resolver primero si se iba a aplicar la ley del lugar donde se hubiere cumplido la obligación, o la ley donde se produjo el daño.

El Tribunal resolvió diciendo que la responsabilidad precontractual es una forma de responsabilidad extracontractual, y con motivo de ello afirma (*Tacconi v. HWS*):

> En circunstancias como las del asunto principal, caracterizado por la inexistencia de compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra con ocasión de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato y por la eventual infracción de normas jurídicas, **en particular la que obliga a las partes a actuar de buena fe en dichas negociaciones, la acción mediante la cual se invoca la responsabilidad precontractual del demandado está comprendida en la materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del artículo 5, número 3, del Convenio de 27 de septiembre de 1968** sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica y por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

Con ello queda aclarado que, para este cuerpo legal, la responsabilidad precontractual está comprendida dentro del sistema extracontractual y no en el contractual.

b). Análisis del Caso

Desde el punto de vista de la responsabilidad contractual se podría llegar al mismo resultado sin necesidad de utilizar la legislación italiana de responsabilidad precontractual que dice que la negativa de HWS de vender la maquinaria a BN es una forma de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, porque no hay negociaciones preliminares sino un incumplimiento de un contrato ya celebrado.

En el caso HWS celebra el contrato con BN con pleno conocimiento que la maquinaria a venderse sería utilizada por un tercero, en calidad de arrendamiento, a Tacconi. Cuando HWS incumple sus obligaciones contractuales, el perjuicio a BN y Tacconi es contractual, no extracontractual o precontractual.

c). El Caso en el Sistema del Common Law

Tacconi puede tener varias causas potenciales de acción contra BN, incluido el incumplimiento de contrato, la inducción fraudulenta y la misrepresentación fraudulenta.

En primer lugar, Tacconi puede presentar una demanda por incumplimiento de contrato contra BN. Como deja claro el caso *Smart Oil, LLC v. DW Mazel, LLC*, 970 F.3d 856 (7th Cir.

2020)[1055], los elementos esenciales de una reclamación por incumplimiento de contrato incluyen: (1) un contrato válido, (2) el cumplimiento o excusa del demandante por incumplimiento, (3) el incumplimiento del demandado y (4) los daños resultantes[1056]. En este caso, Tacconi y BN celebraron un contrato válido, y Tacconi parece haber cumplido sus obligaciones. Sin embargo, BN no cumplió con su obligación de arrendar la máquina a Tacconi, lo que probablemente constituye un incumplimiento. Tacconi puede demostrar daños como resultado de este incumplimiento.

En segundo lugar, Tacconi puede hacer valer reclamaciones por incentivos fraudulentos y tergiversación fraudulenta contra BN. Como explica el caso *Hitachi Data Sys. Credit Corp. v. Precision Discovery, Inc.*, 331 F. Supp. 3d 130 (S.D.N.Y. 2018)[1057], para presentar un reclamo de inducción fraudulenta o tergiversación fraudulenta, un demandante debe alegar que: (1) el demandado hizo una declaración falsa material, (2) el demandado tenía la intención de defraudar al demandante, (3) el demandante confió razonablemente en la representación, y (4) el demandante

[1055] Seguido por *Life Spine, Inc. v. Aegis Spine, Inc*., 19 CV 7092 (N.D. Ill. Jan. 30, 2023); *Sada 2400 Ogden, LLC v. 2400 Ogden Ave. 10041667 LLC*, No. 20 C 4224 (N.D. Ill. Mar. 2, 2021); *REXA, Inc. v. Chester*, 42 F.4th 652 (7th Cir. 2022); *BMO Harris Bank v. Singh*, 1:23-cv-00067-BAM (E.D. Cal. May 3, 2023); *Aion Acquisition LLC v. Dexter Axle Co.*, 19 C 4342 (N.D. Ill. Mar. 31, 2023); *Saleh v. Merchant*, No. 14-CV-09186 (N.D. Ill. Mar. 30, 2023); *SMS Fin. Recovery Servs. v. Canelo*, 21-cv-04000 (N.D. Ill. Feb. 22, 2023); *The Bancorp Bank v. Metro. Diagnostic Imaging, Inc.*, 20 C 1841 (N.D. Ill. Feb. 7, 2023); *Gunn v. Cont'l Cas. Co.*, 622 F. Supp. 3d 694 (N.D. Ill. 2022); *Cont'l Glass Sales & Inv. Corp v. First Finish, LLC*, 21-cv-6734 (N.D. Ill. May 23, 2022); *Brown v. Cont'l Cas. Co.*, 591 F. Supp. 3d 340 (N.D. Ill. 2022); *Morgan St. Partners, LLC v. Chi. Climbing Gym Co.*, 20-cv-4468 (N.D. Ill. Mar. 1, 2022); *Larry Trover Produce, Inc. v. Nutrien AG Sols*., 3:21-cv-1035-JPG (S.D. Ill. Feb. 28, 2022); *Budzyn v. KFC Corp.*, 21 C 4152 (N.D. Ill. Feb. 28, 2022); *Symbria, Inc. v. Callen*, 20-cv-4084 (N.D. Ill. Jan. 6, 2022); *O'Connor v. Ford Motor Co.*, 567 F. Supp. 3d 915 (N.D. Ill. 2021); *Cullotta v. United Surgical Partners Int'l, Inc.*, 19-cv-06490 (N.D. Ill. Aug. 3, 2021); *PeopleFlo Manufacturing, Inc. v. Sundyne, LLC*, 20 CV 3642 (N.D. Ill. July 23, 2021); *Clark v. Fid. Commercial LLP*, No. 18-CV-1967-SMY (S.D. Ill. June 16, 2021); *Sirius Comput. Sols. v. Sachs*, No. 20-cv-1432 (N.D. Ill. Apr. 22, 2021); *Artisan & Truckers Cas. Co. v. Neron Logistics LLC*, No. 18-CV-2220-SMY (S.D. Ill. Feb. 12, 2021); *Cent. Tower Exch. Corp. v. German Motor Parts GmbH*, 518 F. Supp. 3d 1233 (C.D. Ill. 2021); *Albright v. Starwood Retail Partners*, No. 20 CV 4552 (N.D. Ill. Feb. 9, 2021); *Engineered Abrasives, Inc. v. Richerme,* No. 18 C 6562 (N.D. Ill. Sep. 8, 2020).

[1056] Smart Oil, LLC y DW Mazel, LLC celebraron un acuerdo para la venta de treinta parcelas de bienes inmuebles. DWM no realizó los dos depósitos requeridos, lo que llevó a Smart Oil a demandar por incumplimiento de contrato. DWM presentó una demanda reconvencional, alegando incumplimiento de contrato e inducción fraudulenta por parte de Smart Oil. El tribunal de distrito falló a favor de Smart Oil, encontrando que DWM incumplió el acuerdo y que la cláusula de daños liquidados era ejecutable. El tribunal también desestimó la demanda de inducción fraudulenta de DWM como cuestión de derecho. DWM apeló la decision.

[1057] Seguido por *Sharbat v. Iovance Biotherapeutics, Inc.*, 20 Civ. 1391 (ER) (S.D.N.Y. Mar. 26, 2021); *Bayshore Capital Advisors, LLC v. Creative Wealth Media Fin. Corp.*, 22-CV-1105 (KMK) (S.D.N.Y. Mar. 31, 2023*); J.T. v. de Blasio*, 500 F. Supp. 3d 137 (S.D.N.Y. 2020); *Precision Wellness, LLC v. Demetech Corp.*, 21-CV-01244 (JMA) (ARL) (E.D.N.Y. Mar. 30, 2022); *ILKB, LLC v. Singh*, 20-CV-4201 (ARR) (SJB) (E.D.N.Y. Aug. 12, 2021); *Cognizant Worldwide Ltd. v. Barrett Bus. Servs.*, No. C19-1848-JCC (W.D. Wash. Apr. 27, 2021); *In re Aegean Marine Petroleum Network, Inc.* Secs. Litig., 529 F. Supp. 3d 111 (S.D.N.Y. 2021); *White v. Abney*, 17-cv-4286 (EK)(RER) (E.D.N.Y. Sep. 30, 2020); *Manchanda v. Navient Student Loans*, 19cv5121 (S.D.N.Y. Sep. 29, 2020); *Powers-Barnhard v. Butler*, 5:19-cv-01208 (BKS/ATB) (N.D.N.Y. Aug. 21, 2020); *Khan v. W. Express Inc*., 20-CV-1290 (RPK) (RML) (E.D.N.Y. Aug. 12, 2020); *Sullivan v. Walker Constr., Inc.*, 18-cv-09870 (AJN) (S.D.N.Y. May 7, 2019); *SPV Osus Ltd. v. Unicredit Bank Austria*, 18-cv-3497 (AJN) (S.D.N.Y. Mar. 30, 2019); *Bakken Res., Inc. v. Edington*, 15 Civ. 8686 (ALC) (S.D.N.Y. Mar. 29, 2019).

sufrió daños como resultado[1058]. En este caso, BN puede haber hecho una declaración falsa cuando celebró el contrato con Tacconi, a sabiendas de que no podría cumplir con sus obligaciones. Tacconi puede demostrar que confió razonablemente en la representación de BN y sufrió daños como resultado.

Por último, Tacconi puede tener una demanda por enriquecimiento injusto contra BN. Como *Buckles Management, LLC v. Investordigs, LLC*, 728 F. Supp. 2d 1145 (D. Colo. 2010)[1059] explica que el enriquecimiento injusto ocurre cuando una parte recibe un beneficio a expensas de otra parte, y sería injusto permitir que el receptor retenga el beneficio[1060]. En este caso, BN puede haber recibido un beneficio al celebrar el contrato con Tacconi, aunque no haya cumplido con sus obligaciones. Puede ser injusto permitir que BN conserve este beneficio.

Como vemos, Tacconi tienen muchas posibilidades de accionar contra BN o HWS ya sea por incumplimiento de contrato, misrepresentación fraudulenta o enriquecimiento injusto bajo el sistema del common law.

[1058] Hitachi Data Systems Credit Corporation (HDSCC) presentó una demanda por incumplimiento de contrato contra Precision Discovery, Inc. por no realizar los pagos mensuales del alquiler. Precision respondió con nueve contrademandas y reclamos de terceros, alegando que el contrato era una farsa y que HDSCC, Cold Creek Solutions, Inc. e Hitachi Vantara Corporation conspiraron para obtener el acuerdo de Precision a través de medios inapropiados. Sin embargo, el tribunal desestimó las reclamaciones de terceros contra Hitachi Vantara y Cold Creek debido a la falta de jurisdicción personal, así como la demanda civil RICO de Precision por no presentar una reclamación válida. El tribunal también desestimó las reclamaciones de Precision de inducción fraudulenta y misrepresentación fraudulenta contra HDSCC debido a un descargo de responsabilidad en el contrato de arrendamiento. En última instancia, el tribunal desestimó las demandas civiles de fraude y RICO de Precision contra HDSCC, así como la demanda civil de conspiración, por falta de pruebas. Además, el tribunal desestimó las demandas por incumplimiento del pacto implícito de buena fe y trato justo, conversión y enriquecimiento injusto. El caso volvió a ser una acción por incumplimiento de contrato entre HDSCC y Precision.

[1059] Seguido por Mystic Retreat Med Spa & Weight Loss Ctr. v. Ascentium Capital, LLC, 1:21cv00515 (M.D.N.C. Jan. 23, 2023); *Complete Entm't Res., LLC v. Bianchi*, Civil Action No. 14-cv-03388-MSK-MJW (D. Colo. Feb. 2, 2016); *Warming Trends LLC v. Stone*, Civil 19-cv-03027-PAB-STV (D. Colo. Mar. 30, 2023); *Millennium Funding, Inc. v. Private Internet Access, Inc.*, Civil Action 21-cv-01261-NYW-SKC (D. Colo. Oct. 13, 2022*); G.W. v. Boulder Valley Sch. Dist*., Civil Action No. 16-cv-00374-PAB-SKC (D. Colo. Sep. 18, 2019); *Birch v. Polaris Indus. Inc.*, No. 2:13-cv-00633 (D. Utah Mar. 19, 2015).

[1060] Caso Civil No. 10-cv-00508-LTB-BNB en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, D. Colorado, Buckles Management, LLC v. Investordigs, LLC, gira en torno a disputas sobre la caracterización de los fondos y un contrato de arrendamiento. Los demandantes alegan que los fondos eran préstamos, mientras que los demandados afirman que eran para la compra de participaciones en la propiedad. Además, los demandantes argumentan que los demandados no pagaron todas las cantidades adeudadas en virtud de un contrato de arrendamiento. Los demandantes solicitan la ejecución de un acuerdo de conciliación, así como daños y perjuicios por incumplimiento de los préstamos y el contrato de arrendamiento, enriquecimiento injusto y contabilidad. Los demandados han presentado una contrademanda por incumplimiento de contrato, enriquecimiento injusto, misrepresentación negligente, incumplimiento del deber fiduciario y fraude/misrepresentación falsa. Los demandados argumentan que el Estatuto de Fraudes de Colorado anula el supuesto acuerdo de conciliación, pero el tribunal les ha permitido plantear esta defensa a pesar de no alegarla en su respuesta. Los demandantes sostienen que un intercambio de correos electrónicos satisface el requisito de redacción de la ley de fraudes y evidencia el consentimiento mutuo a los términos del acuerdo. El tribunal ha determinado que el intercambio de correos electrónicos puede satisfacer el requisito de la escritura.

7. Conclusiones

1. En el *common law* americano, en casos de misrepresentación en contratos, la consecuencia principal es la rescisión del contrato, siempre y cuando se pueda demostrar que la misrepresentación era sustancial o fraudulenta. Sin embargo, cuando una demanda se basa en el Segundo Restatement de Torts, es necesario que la representación sea necesariamente fraudulenta y sustancial, ya que se busca recuperar daños y perjuicios en ese contexto.
2. En casos de misrepresentation o falsedad fraudulenta, es importante destacar que de manera constante se subraya la necesidad de establecer una representación, falsedad y su relevancia en función de la intención de engañar (mala fe, dolo). Además, estos casos resaltan la importancia de demostrar que el promisor tenía conocimiento de la falsedad o desconocimiento de la verdad, junto con la intención de engañar. Por último, se hace hincapié en la necesidad de comprobar que el promisario se basó en la misrepresentation o falsedad y sufrió daños como consecuencia de ello.
3. En el caso de misrepresentation o falsedad negligente, los casos enfatizan de manera similar la necesidad de establecer una misrepresentation o falsedad u omisión de un hecho, su materialidad y la falta de cuidado razonable por parte del promitente. Los casos también enfatizan la importancia de demostrar que el demandante se basó razonablemente en la misrepresentation o falsedad u omisión y sufrió daños como resultado.
4. La CIC (Culpa In Contrahendo) es semejante con la noción de "misrepresentation" en el common law. El deber de protección se considera idéntico en ambas figuras, ya que se refiere al deber de cuidado en el derecho civil, que está completamente incorporado en el sistema de responsabilidad extracontractual del common law.

5. El deber de informar tiene raíces en el Digesto y está respaldado por la legislación comparada en el derecho civil y el common law. En el *common law*, el principio del "caveat emptor" se ha modificado para proteger al consumidor, y la "misrepresentation" desempeña un papel fundamental en esta protección.
6. La tercera faceta de la CIC, la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), ha evolucionado para incorporar el concepto de buena fe y la "mala fe" en casos de desinformación, ocultación de información o dolo en la transmisión de promesas. La RINP se asemeja a la "misrepresentation" fraudulenta en el *common law*, donde se requiere demostrar una representación intencionalmente engañosa y, por lo tanto, el dolo o la mala fe en la declaración.
7. En general, existe una similitud significativa o semejanza entre la RINP en el *civil law* y la "*misrepresentation"* en el *common law* en términos de la necesidad de demostrar la mala fe y el engaño en

la representación para establecer la responsabilidad. Esta similitud se destaca en casos de responsabilidad extracontractual en ambos sistemas legales.

8. En resumen, la teoría original de la diligencia in contrahendo, propuesta por Ihering, se centraba en la responsabilidad del promitente por no actuar diligentemente en las negociaciones preliminares. Sin embargo, después de Ihering, la doctrina amplió esta idea y la convirtió en un concepto de *dolo in contrahendo* o una ruptura *maliciosa* de las negociaciones preliminares. Esto implicó que, en lugar de la culpa, se requería demostrar la existencia de mala fe o dolo por parte del promitente, ya que se presumía la buena fe en las negociaciones. En consecuencia, el dolo reemplazó a la culpa y exigió que el demandante demostrara la intención engañosa.

9. En la práctica, se llegó a una comparación casi idéntica entre la Culpa In Contrahendo (CIC) y esta figura de la misrepresentación engañosa o dolosa, especialmente al analizar los casos de Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP) desde la perspectiva del promisario engañado.

10. Efectivamente, la figura de la CIC en relación con la omisión de informar cuando existe una obligación de hacerlo está estrechamente relacionada con la figura de la misrepresentation, incluso en la tercera vertiente del dolo in contrahendo (ruptura maliciosa de negociaciones preliminares). Esta doctrina guarda similitudes con la teoría de la misrepresentation en el *common law*, tanto en la segunda como en la tercera vertiente de la CIC.

11. Conclusiones con respecto a la jurisprudencia del civil law

A). En España:

a. El RINP (o CIC como lo sostiene la jurisprudencia) se basa en dos elementos: 1). Ruptura injustificada de negociaciones preliminares. 2) De mala fe del demandado, que es una condición *sine qua nom* para que actúe la responsabilidad precontractual (ya que la buena fe se presume).

b. El RINP (CIC) es parte de la responsabilidad extracontractual del numeral 1902 del CCE (no dañar a terceros: *non ladere*) que se embebe del artículo 7 del CCE (obligación de ejercitar los derechos de buena fe).

c. Solamente se puede accionar para peticionar un interés negativo, no positivo, a diferencia del PE que puede demandar un interés positivo cuando el demandante pueda probar los daños con un grado de certeza razonable.

d. El caso Vizcaya es una espléndida sentencia porque se enfoca en el "reliance" (confianza) del demandante, y no en la probanza de la "buena fe" de la responsabilidad aquiliana. Con ello, tal sentencia parece ser un reflejo de Hoffman, que usa la doctrina del PE.

B). En Alemania:

a.- El deber de brindar información en la etapa precontractual, al amparo del numeral 311 del BGB, imbuido del principio de buena fe a la luz del numeral 242 del BGB, ha sido receptado por la jurisprudencia alemana dentro de la doctrina de la culpa in contrahendo.

b. En cuanto a la Sentencia V ZR 264/05, esta resolución es por demás interesante porque pone el tema de la CIC en el tramado precontractual de manera cuestionable. Si la buena fe es la motora de las negociaciones preliminares, imbuidas del deber de brindar información a la otra parte (y no solamente de negociar de buena fe) y de no ocultar errores que pueden tener un impacto negativo en la toma de decisiones del comprador, entonces no se entiende cómo la resolución en cuestión impone al demandante la carga de probar por qué las partes tendrían la obligación de divulgar información en la parte precontractual, cuando la doctrina del CIC impone esta obligación de manera imperativa por operatividad del orden público, es decir, por mandato de la propia doctrina positivizada en la ley civil. Esto es sin duda una contradicción a la doctrina de la CIC.

c. En el caso de la sentencia sobre licitación (El Caso de una Licitación Interrumpida. Sentencia X ZR 19/02), el Tribunal Federal arriba a una conclusión insatisfactoria. En esta sentencia el Tribunal Federal desestimó la demanda basada en CIC por ruptura de negociaciones preliminares, porque entendió que el demandante fue rechazado por la ciudad porque su propuesta no tuvo los requisitos que la ley de licitación contemplaba y entonces la oferta quedó excluida. Al hacer prevalecer el elemento formal en la etapa precontractual, la responsabilidad precontractual quedaba totalmente excluida y eximida, tanto en el interés positivo como negativo. El PE se habría enfocado en el *detrimental reliance* y alcanzar un resultado más justo (toda vez que el agente de la ciudad declaró que dio informalmente luz verde al demandante a edificar la escalera).

d). En los casos de RINP, la Corte no considera la confianza razonable (*detrimental reliance*) sino solamente la culpa derivada de la violación de un deber de cuidado en el contexto de la violación a una norma de orden público sobre licitaciones (Sentencia X ZR 143/10 sobre cobro de honorarios legales por parte de un licitador contra la solicitante).

C). En Francia: Tres puntos interesantes a resaltar de estas sentencias:

a. Se equipara la CIC por responsabilidad precontractual con el tema de la responsabilidad extracontractual.

b. El otro tema a destacar es que la obligación de proporcionar información y su consecuente doctrina es concomitante con la teoría del misrepresentation del common law.

c. El tercer punto de la Corte es poner en los hombros de la parte demandante la obligación de la diligencia adecuada al momento de contratar.

D). En Italia:

a. La responsabilidad contractual se considera como un "contacto social calificado", entendida como un hecho capaz de producir obligaciones, al amparo de los numerales 1337 y 1338 del CCI, que prescriben obligaciones recíprocas de buena fe, protección e información. La responsabilidad precontractual puede ser considerada como responsabilidad contractual por "contacto social cualificado". Esta responsabilidad se basa en la violación de la buena fe en las negociaciones y genera obligaciones de protección mutua entre las partes, y se aparta de la responsabilidad extracontractual (que prohíbe el dañar a terceros, *neminem laedere*[1061]).

b. En resumen, la responsabilidad precontractual se basa en una relación de confianza y obligaciones de protección, y ya no se la considera como una parte de responsabilidad extracontractual sino como cuasicontractual, es decir como un hecho generador de obligaciones, a partir del numeral 1173 CCI.

c. Pese a que la jurisprudencia trata de sacudir a la CIC de su pelaje extracontractual, la naturaleza de la RP sigue rondando en torno a la obligación reciproca de las partes en la etapa negocial de negociar de acuerdo a los deberes de buena fe, protección, vigilancia, e información. Con esta obligación la CIC siguen como responsabilidad extracontractual (*tort*) por mejores deseos que la jurisprudencia tenga de tratar de alejar a la CIC de los entresijos de los *torts* (responsabilidad aquiliana por "*neminem laedere*").

12 Como hemos visto del estudio antecedente de casos, no todas las promesas del promitente sobre las cuales confía el demandante (promisario) son susceptibles de cobertura jurídica a menos que se prueba la mala fe del promitente, puesto que la buena fe se presume. Este elemento de probanza (mala fe) es oneroso y concomitante con la figura del fraude y la misrepresentation, ya de por sí difícil de probar. De manera que el PE, que no se impregnó de ninguna figura como la buena fe/mala fe (que la dejó al dominio exclusivo del misrepresentation o del fraude) resulta más ágil, menos gravosa y más eficiente al momento de plantear una demanda en los tribunales judiciales.

[1061] Como recordamos, este principio de neminem laedere significa "no dañar a nadie". (Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual.* T. II. Barcelona: Bosch, p. 972).

CAPITULO IV

LA CONSIDERACION COMO

PRELUDIO DEL PROMISSORY ESTOPPEL ("PE")

1. Antecedente histórico de la consideración: las acciones civiles. 1.1. La acción del pacto "Covenant". 1.2. La acción sobre la deuda (*Writ of Debt*). 1.3. La acción de Assumpsit. 2. La consideración como teoría del intercambio o contraprestación. 2.1. Aproximación preliminar de la consideración. 2.2. La teoría de la inducción convencional recíproca de la consideración de frente a los modelos contractuales de la reciprocidad (Holmes y Williston). 2.3. La teoría de la consideración de Holmes en la práctica judicial. 2.4. Los errores de cálculo de Williston. 2.5. La teoría de la consideración de Williston en la práctica judicial. 2.6. La consideración frente al beneficio del promitente o el detrimento del aceptante. 2.7. Enfoque convencionalista de la consideración. 2.8. Teorías redistribucionistas de la consideración. 3. Críticas a la teoría de la consideración. 3.1. Críticas a la teoría de la reciprocidad entre la consideración y la promesa. 3.2. Críticas a los orígenes de la consideración: un error de interpretación de una norma de orden público. 3.3. Crítica a la consideración frente a los modelos contractuales. 4. Limitaciones de la teoría de la consideración. 4.1. La consideración frente al caso de un beneficio pasado. 4.2. La obligación moral no es reconocida como consideración. 4.3. La regla de la obligación preexistente frente a las modificaciones de los contratos. 4.4. Promesas gratuitas (donaciones) sin consideración. 5. Soluciones a las falencias de la consideración. 5.1. El enriquecimiento injusto frente a la consideración: tesis restitutorias. 5.2. Reforma judicial de la regla de la obligación preexistente. 5.3. Modificaciones de los contratos de venta de bienes sin necesidad de nueva consideración. 5.4. ¿Podría la consideración convivir con el detrimental reliance?: Sección 75 vs. Sección 90 del Segundo Restatement. 5.5. El detrimental reliance como respuesta a las falencias de la consideración. 5.6. Hacia una nueva teoría contractual de cara a la responsabilidad precontractual. 6. Conclusiones.

1. Antecedente histórico de la consideración: las acciones civiles

Para comprender el punto de partida del Promissory Estoppel ("PE"), resulta esencial abordar el concepto[1062] de consideración[1063], ya que ambas doctrinas están intrínsecamente

[1062] Pound sostiene que la teoría de la consideración no está bien definida y que no es una buena base para el derecho de contratos. (Pound, R. (1922). An Introduction to the Philosophy of Law. New Haven: Yale University Press, pp. 282-283)

[1063] Corbin llama a la consideración un "concepto indefinido y nebuloso", y que es "intrínsecamente irrazonable" distinguir entre una promesa de desempeño futuro y el desempeño actual, con intentos "inarmónicos y no exitosos" de definirla. (Corbin, A. (1918). Does a Pre-Existing Duty Defeat Consideration? *27 Yale L.J. 362*, pp. 376-380). Por su parte, Distelhorst sostiene que la teoría de la consideración es demasiado estrecha y formalista, y que no toma en cuenta las implicaciones éticas y morales más amplias de los contratos. (Distelhorst, M. (1991). Judging Ourselves as Heirs to The Realist Insight: The Role of Ethics as A Bridge Between Law and Life. 60 U. Cin. L. Rev. 43, pp. 49 y ss.).

relacionadas[1064]. Con el declive[1065] de la consideración[1066] como el principal impulsor de las relaciones contractuales[1067], surge el PE como una nueva perspectiva[1068]. Para contextualizar adecuadamente este declive de la consideración[1069], es necesario explorar su significado[1070] y origen histórico[1071]. Por lo tanto, se vuelve fundamental sumergirse en una breve revisión histórica de la consideración antes de adentrarnos en el estudio del PE en el Capítulo V, y posteriormente, realizar una comparación con la CIC en el Anexo IV.

[1064] Arnold discute varias teorías sobre la doctrina de la consideración. Una teoría es que la consideración es algo similar al motivo, y que requerir una indagación sobre si hay consideración es una forma de descubrir por qué se hizo la promesa. Otra teoría es que a los Canonistas les preocupaba la razón de una promesa porque si no había razón, se podía asumir que la promesa se hizo por error. Finalmente, otra teoría sostiene que la doctrina de la consideración es de naturaleza probatoria, siendo el motivo relevante para determinar si se hizo una promesa. (Arnold, M. (1976). Transcending Covenant and Debt. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. *85 Yale L.J., pp. 990 y ss.).* Por su parte, Ashley analiza varias teorías sobre la consideración. Una teoría sostiene que la consideración es principalmente una prueba de si se pretende un trato y que debe ser razonable. Otra teoría argumenta que la consideración es un elemento esencial de un contrato y que sin ella, no existe obligación legal. (Ashley, C. (1913). The Doctrine of Consideration. *Harvard Law Review, Vol. 26, No. 5,* pp. 430-436).

[1065] Powers sostiene que la teoría de la consideración puede conducir a inconsistencias y resultados ilógicos. Por ejemplo, puede penalizar a las personas por expresar gratitud o hacer promesas, mientras permite a otros escapar completamente de la compensación. Asimismo, argumenta que un enfoque basado en la restitución es más lógico y consistente. (Powers, J. (2002). Rethinking Moral Obligation as A Basis for Contract Recovery. 54 Me. L. Rev., pp. 21-24).

[1066] Este declive lo expone Engelskirchen de manera clara. El autor sugiere que muchos académicos argumentan que la doctrina de la consideración es ilógica, absurda o anacrónica. Algunos sugieren que debería ser abolida por completo, mientras que otros proponen una reforma. (Engelskirchen, H. (1997). Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy. *27 Seton Hall L. Rev.,* pp. 490 y ss.). En el mismo sentido, Leibman y Nathan consideran que la teoría de la consideración es "anacrónica" y un análisis de iniquidad (unconscionability) es preferible por varias razones. (Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev., pp. 1552-1553).*

[1067] Ashley menciona que la doctrina de la consideración está siendo "modificada gradualmente" y que "es probable que el requisito técnico actual sea abolido por completo". Esto sugiere que la consideración es una teoría en declive. (Ashley, C. (1913). The Doctrine of Consideration. *Harvard Law Review, Vol. 26, No. 5,* p. 429).

[1068] Atiyah considera que el estoppel promisorio es uno de los "desarrollos de la ley posclásica" que impone responsabilidad por las pérdidas que no ocurrirían si no fuera por la confianza del demandante en el lenguaje o conducta del demandado. (Atiyah, P.S. (1981) Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation by Charles Fried. *95 Harv. L. Rev.* pp. 519-520).

[1069] Este declive lo percibimos a la luz de la importancia de esta teoría en el seno contractual. Powers menciona que la doctrina de la consideración está "firmemente arraigada en el derecho contractual". (Powers, J. (2002). Rethinking Moral Obligation as A Basis for Contract Recovery. 54 Me. L. Rev., p. 46). De igual manera, Pryor afirma que la doctrina "sigue firmemente arraigada como un pilar fundamental del derecho de contratos", y que el Restatement of Contracts aún contiene muchas secciones que dependen de la doctrina de la consideración. Sin embargo, también señala que la teoría tiene "pocos defensores académicos hoy en día" y que el derecho común de contratos nunca ha adoptado la posición de que todas las promesas deberían ser legalmente cumplidas. Así que, aunque la consideración puede no ser tan popular como antes, sigue siendo una parte importante del derecho de contratos. (Pryor, S. (2005). Consideration in the Common Law of Contracts: A biblical-theological Critique. *Regent University Law Review, 18, 1,* pp. 39-41).

[1070] Delong llama a la consideración una "doctrina artificial e infortunada" (Delong, S. (1997). The New Requirement of Enforcement Reliance in Commercial Promissory Estoppel: Section 90 as Catch-22. *Wisconsin Law Review,* p. 969).

[1071] Según Ricks la teoría de la consideración parece ser que es difícil de definir con precisión. Algunos argumentan que tiene un significado más amplio que la doctrina basada en el "trato", mientras que otros dicen que es aún más amplia que la doctrina del beneficio/perjuicio. (Ricks, V. (1998). American Mutual Mistake: Half-Civilian Mongrel, Consideration Reincarnate. *58 La. L. Rev.,* p. 694).

De modo que es necesario adentrarnos en la historia de la teoría de la consideración y entender de dónde nace esta doctrina, y para ello es importante rastrear la historia y el antecedente de las acciones civiles de Inglaterra[1072] en la Edad Media.[1073]

El origen de la institución conocida en el *common law* como "consideración" es objeto de debate[1074] y estudio[1075]. Para Pollock (1902) "el nombre de Consideración aparece sólo a principios del siglo XVI[1076], y no sabemos qué pasos tomó para convertirse en un término de arte establecido" (p. 170)[1077].

La consideración ha sido definida[1078] modernamente de muchas maneras[1079], especialmente como el beneficio[1080] para el ofertante y el detrimento para el aceptante, pero una manera sencilla

[1072] Palmer indica que la acción de "assumpsit" es un tipo de acción legal que se originó en Inglaterra durante el período medieval tardío. Comenzó como una forma de transgresión (trespass), pero eventualmente evolucionó hacia una forma de derecho contractual. (Palmer, V. (1989). The History of Privity. The Formative Period (1500-1680). *33 Am. J. Legal Hist. 3*, pp. 17-19).

[1073] A este respecto, Corbin piensa que cada definición y cada doctrina están en constante proceso de variación evolutiva, y que no se puede decir que existe una correcta definición o que una decisión jurisprudencial que no esté de acuerdo con una doctrina es necesariamente errónea (Corbin, A. (1947). *Cases on The Law Of Contracts. Selected From Decisions of English and American Courts With Extensive Critical Notes*. (Third edition). Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., p. 203).

[1074] Ashley argumenta que la doctrina de la consideración es innecesaria, a menudo produce una injusticia flagrante y se aplica de manera inconsistente. Además, el autor afirma que no hay una definición satisfactoria de "consideración" y que es difícil de entender. (Ashley, C. (1913). The Doctrine of Consideration. *Harvard Law Review, Vol. 26, No. 5,* p. 436). En el mismo sentido, Dalton menciona el "debate de larga data sobre la naturaleza de la consideración" y cómo plantea "si el requisito es uno de forma o de sustancia". (Dalton, C. (1985). An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine. *Yale Law Journal*, 94, 5, 997-1114, pp. 997 y ss.). De igual forma, Mc Kendrick piensa que parece ser que los tribunales adoptan un enfoque inconsistente para la identificación de un beneficio o detrimento. Esta inconsistencia hace difícil predecir cuándo los tribunales encontrarán o 'inventarán' una consideración. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, p. 139).

[1075] Arnold considera que la doctrina fue refinada con el tiempo y que es una forma de hacer que una promesa sea procesable. (Arnold, M. (1976). Transcending Covenant and Debt. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. *85 Yale L.J*., pp. 994-996).

[1076] Palmer sostiene que la acción de "assumpsit" es un tipo de acción legal que surgió en los siglos XVI y XVII. (Palmer, V. (1989). The History of Privity. The Formative Period (1500-1680). *33 Am. J. Legal Hist. 3*, pp. 17 y ss.).

[1077] Arnold aborda en manuscrito los orígenes de la doctrina de la consideración, señalando que parece tener raíces en la noción "equitativa" de consideración de los siglos XV y XVI, así como en ideas Canónicas. Con el tiempo, la doctrina se refinó, comprendiéndose que una promesa podía ser consideración suficiente para otra promesa. (Arnold, M. (1976). Transcending Covenant and Debt. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. *85 Yale L.J., pp. 990 y ss.).*

[1078] Para Engelskirchen, definir la consideración es tarea harto ardua. La principal crítica a la teoría de la consideración es que es una palabra que se refiere a una familia de fenómenos sin ninguna característica esencial o estructura común a todos ellos. Esto dificulta dar una definición real de ella. Es decir, parece ser que no existe una doctrina coherente de consideración, y que es difícil llegar a una definición universalmente aceptada. Además, algunos académicos, piensa el autor, argumentan que la consideración simplemente se usa como una forma de distinguir entre promesas ejecutables y no ejecutables, en lugar de ser una condición necesaria para que una promesa sea vinculante. (Engelskirchen, H. (1997). Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy. *27 Seton Hall L. Rev.*, pp. 490 y ss.)

[1079] Bernal Fandiño se refiere a la consideración como un "ejemplo célebre" de especificidad del derecho nacional. (Bernal Fandiño, M. (2006). La Transformación de la Causa en el Derecho de Contratos Francés. Universitas Pontificia Universidad Javeriana, 111, p. 241).

[1080] En realidad, el "beneficio para el promitente" puede ser bastante amplio y subjetivo. (Pollock, F. (1902). Principles of contract. A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England. 7th edition. Londres: CF Roworth, p. 275).

de definir la consideración[1081], la dio Blackstone (1766) cuando se refiere a los contratos estima que son acuerdos en los cuales existe un intercambio, que es mutuo y recíproco, ese algo o "esa cosa, que es precio o motivo del contrato, llamamos consideración, y debe ser de por sí lícito" (p. 444), quien la entiende como la razón por la cual una parte se obliga frente a otra a dar, hacer, o no dar u omitir algo (do ut des, facio ut facias, facio ut des, do ut facias (pp. 44-445); en otras palabras, dentro de un intercambio de bienes o servicios, o cuando es a cambio de dinero[1082] (venta), estamos frente a un *quid pro quo* (p. 446)[1083].

Para Corbin (1947) "siempre debería recordarse que el principal problema frente a la corte es determinar si una promesa debería ser vinculante o no" (p. 199). Entonces, para adentrarnos a los orígenes de la consideración es menester hacer un poco de historia, sobre todo la historia de las acciones civiles, pero también es importante no olvidar que no existe una "verdadera" doctrina, y que esta "doctrina" tampoco ha tenido un solo origen, sino múltiples fuentes[1084] y muchos "orígenes", que ha conllevado a un continuo y variable desarrollo[1085] "como parte del proceso evolutivo de determinar qué promesas deberían ser vinculantes para la sociedad y cuáles no" (p. 199).

Asimismo, Corbin (1947) expone que la teoría del intercambio -que el Instituto Legal Americano lo retrató en la sección 75 del Primer Restatement de los Contratos[1086]- no es la única

[1081] Corbin señala que la teoría es difícil de definir y que hay muchas interpretaciones diferentes de ella. (Corbin, A. (1918). Does a Pre-Existing Duty Defeat Consideration? *27 Yale L.J. 362*, p. 375).

[1082] Blackstone menciona que el uso del dinero es inmemorial en las civilizaciones y trae el ejemplo de Abraham que dio "400 siclos de plata, la moneda corriente en el mercado" (Blackstone, W. (1766). *Commentaries on the Laws of England. Vo II Of the Rights of Things*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 446). Esta cita corresponde, como lo dice el pie de página "s" de Blackstone al Génesis 23:16 (Biblia Reina Valera, 1960), y narra la historia de Abraham que, queriendo enterrar a su difunta esposa Sarah, compró un terreno en Macpela (junto con una cueva para el entierro) de manos de los hititas en la persona de Efrón (El relato bíblico no proporciona una fecha exacta de cuándo sucedió este evento, pero se cree que ocurrió alrededor del siglo XIX a.C. en la ciudad de Hebrón, que está ubicada en la región de Judea, al sur de Jerusalén).

[1083] Para Corbin ese "algo" es negociado y dado a cambio de una promesa (p. 199). Por su parte Henry (1917) cree que la doctrina de la consideración se remonta a los antiguos contratos anglosajones. Tanto Holmes como Pollock y Maitland concluyen en lo mismo, en tanto Holmes identifica a la consideración con el "quid pro quo" de la deuda. (Corbin, A. (1947). *Cases on The Law Of Contracts. Selected From Decisions of English and American Courts With Extensive Critical Notes*. (Third edition). Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., p. 203, pp. 675-6.)

[1084] Más adelante veremos la teoría prevalente expuesta por Gilmore (Gilmore, G. (1974). *The Death of Contract*. Columbus, OH: The Ohio State University Press).

[1085] Powers argumenta que la teoría de la consideración a menudo es redundante, ya que muchos casos pueden resolverse utilizando un análisis legal más tradicional, como el análisis de restitución. (Powers, J. (2002). Rethinking Moral Obligation as A Basis for Contract Recovery. 54 Me. L. Rev., pp. 26 y ss.). En el mismo sentido, Ricks menciona algunas críticas a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que la doctrina de la "mutualidad de obligación" es en gran medida redundante e innecesaria, ya que se superpone con la regla de la promesa ilusoria. (Ricks, V. (1999). In Defense of Mutuality of Obligation: Why "Both Should Be Bound, Or Neither. *78 Neb. L. Rev.*, pp. 491 y ss.).

[1086] Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. 1932. (EE.UU.).

verdad, o la teoría prevalente, pero sí es una "definición conveniente y buena doctrina de trabajo" (p. 200).

Por su parte, el Profesor Street (1906) expone que las acciones civiles se componían en tres: *in rem, in personam* y mixtas (p. 37). Las acciones *in rem* iban en contra de todo el mundo y versaba sobre la cosa en sí, mientras que las acciones *in personam* se referían a la persona en sí. Asimismo, las acciones personales se distinguían en tres: 1) Acciones basadas en la propiedad, las que eran de carácter reivindicatorio. 2) Acciones cuya responsabilidad nacía del contrato (*ex contractu*), y 3) Obligaciones fruto de transgresiones (*ex delicto*) (p. 37).

De modo que Street (1906) cree que la distinción entre propiedad real y personal es un desarrollo accidental en la evolución de las acciones del derecho común (p. 114).

Las acciones civiles de la Edad Media en Inglaterra han sido motivo de profundo estudio, porque a partir de allí se puede comprender el nacimiento de la consideración y del promissory estoppel. Winfield (1947) expone que las formas y las ceremonias lo eran todo y que "la sustancia era nada o al menos casi nada" (p. 106).

Corbin (1947) relata que la palabra "consideración" ya sea usaba en las Cortes inglesas desde el siglo XVI, pero no se lo definió, y que las acciones sobre una promesa incumplida fueron conocidas como "covenant (convenio), debt (deuda) y assumpsit[1087] (asunción de obligaciones)[1088]" (p. 201).

[1087] Arnold explica que la acción de *assumpsit* es una acción de agravio que se convirtió en el principal medio de hacer cumplir los contratos. Surgió como una forma de eludir la regla que estipula que una promesa debe estar por escrito y sellada para ser procesable. (Arnold, M. (1976). Transcending Covenant and Debt. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. *85 Yale L.J.*, pp. 990-994).

[1088] "Assumpsit" es un término legal que se refiere a un tipo de contrato u obligación implícita, donde una persona asume o asume un deber o responsabilidad sin un acuerdo o contrato explícito.

1.1.- La acción del pacto "Covenant" [1089]

El "writ of covenant" era una acción sobre un pacto escrito. Writ se traduce como "escrito judicial". "El mandamiento de convenio se aplicaba solamente a promesas hechas en un escrito sellado. El escrito y el sello tenían suficiente fuerza mágica como para hacer la promesa legalmente exigible sin preocuparse por si se había intercambiado algo por la promesa." (Corbin. 1947, p. 201).

Esta acción estaba reservada para recobrar daños como producto del incumplimiento de una promesa de hacer o de no hacer. Ni la consideración, ni el escrito ni el sello se reputaron como elementos de esta acción. (Street. 1906, p. 114).

La escritura de este pacto ("*writ of covenant*") data del año 1201. Ya en el año 1227 se encontraron "*writ of covenants*" en el Registro. Durante el siglo XIII, el ámbito de esta acción se amplió tanto que dio cobijo a un sinnúmero de promesas.

Para el año 1307, a finales del reinado de Eduardo I y especialmente durante los 50 años precedentes, los *covenants* ya habían sido distinguidos en reales y personales[1090]. Y no solamente eso, sino que el requerimiento de que los *covenants* sean por escrito ya estaba enraizado. De modo que los *covenants* se enfocaron en acciones personales (no reales, para las que los requerimientos procedimentales eran numerosos) y mediante un escrito y un sello. De esta forma, los *covenants* se convirtieron en un método sencillo de recuperar daños y en un mecanismo efectivo para poner un gravamen o imponer una sanción económica.

El requerimiento de que el *covenant* aparezca por escrito y bajo sello fue como una medida de prueba, como evidencia de la existencia de la promesa[1091]. Sin embargo, la presencia

[1089] Las acciones civiles como el *writ of covenant, assumnpsit, in rem y in personam*, son parte del derecho común inglés y su origen se remonta a la Edad Media en Inglaterra. Estas acciones surgieron a través del desarrollo de la ley común inglesa, que se basó en las decisiones de los tribunales y la costumbre, en lugar de estar codificada en un conjunto de leyes escritas.
El *writ of covenant*, por ejemplo, se originó en el siglo XIII y se utilizaba para hacer cumplir los acuerdos contractuales. El *assumnpsit*, por otro lado, surgió en el siglo XIV y se utilizaba como una acción contractual alternativa cuando no había un contrato escrito. La *acción in rem*, que significa "*contra la cosa"*, se utilizaba para proteger los derechos de propiedad y se originó en el derecho romano, mientras que la *acción in personam*, que significa "contra la persona", se utilizaba para hacer cumplir las obligaciones personales y surgió en el derecho canónico.

[1090] Por su parte, Winfield piensa que la acción del covenant (convenio) no se escucha antes del siglo XIII, y estuvo basada en un acuerdo (convención), en la forma y en el hecho, pero estuvo prácticamente confinada a acuerdos relacionados a los intereses en la tierra (Winfield, P. H. (1946) *Pollock's Principles of Contract*. London: Stevens & Sons Limited, p. 109).

[1091] En este sentido Ashley afirma que la doctrina sigue siendo importante y que no es simplemente una forma de demostrar que se pretende hacer un trato. Sin embargo, el autor también reconoce que la ley no es clara sobre el tema y que la doctrina está siendo modificada gradualmente. (Ashley, C. (1913). The Doctrine of Consideration. *Harvard Law Review, Vol. 26, No. 5,* pp. 429-434).

del "quid pro quo" o de la "consideración" no fueron considerados como elementos de este contrato. (Street. 1906, p. 119.)

Es importante no confundir la acción de deuda que resulta de una promesa con sello sobre una deuda, en cuyo caso la acción de deuda y no la del *covenant* es la acción apropiada.

Desde que el *covenant* no necesita consideración, y solamente el sello, en el caso de que el *covenant* sea subsidiario o colateral a otro contrato, si este contrato falla también falla el **covenant**.

A este respecto, la diferencia entre el *assumpsit*[1092] y el *covenant* es clara. El *covenant* nace de los contratos escritos bajo sello sin necesidad de usar un determinado grupo de palabras, mientras que el *assumpsit*[1093] no necesita de este sello.[1094]

1.2. La acción sobre la deuda (Writ of Debt)[1095]

Corbin (1647) brevemente expone la naturaleza de esta acción para distinguirla de las otras dos acciones, de la siguiente forma:

> El mandamiento de deuda se aplicaba cuando el demandado había recibido algo del demandante y debía devolverlo, ya sea específicamente o su valor en dinero. Ese algo recibido, a menudo denominado como quid pro quo, podría ser dinero, bienes o servicios;

[1092] Barnett menciona que la acción de *assumpsit* era una forma en que los jueces del *common law* respondían a las presiones para hacer cumplir las promesas informales. (Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev.,* pp. 311-313).

[1093] El "assumpsit" o la asunción fue una acción residual cuando las otras formas no encontraban remedio, probablemente a mitad de los años 1300. En los siglos catorce y quince, muy pocas acciones existieron, entre ellas la "prevaricación del caso" (*trespass on the case*), que daba un remedio legal a ciertos tipos de daño a personas o propiedad causado indirectamente y también ciertos tipos de daño causado por la falta de ejecución de un acto que el demandado había asumido como un hecho. En los años 1530 y 1540, una nueva forma de "trespass on the case" llamado asunción indebida dio un remedio a la quiebra de cierto tipo de obligaciones bajo las cuales no existía un cierto tipo específico pero que se podía implicar cuando el demandado estaba endeudado, o cuando el demandado había recibido algo de valor del demandante.
Este *assumpsit* no fue una acción separada utilizada por las cortes. El demandante tenía que demostrar la existencia de una obligación, luego una promesa (*assumpsit*), el quiebre de la promesa, y que la promesa era accionable. Este último elemento del *assumpsit* fue llamado por los jueces en los 1500s como consideración. Aun 500 años antes la consideración incluía lo que ahora se llama el negocio, el intercambio. Sin embargo, los usos primigenios de la consideración incluían una utilidad que iba más allá del intercambio. Los jueces usaron la teoría de la consideración para hacer cumplir promesas que ahora se hacen cumplir bajo el "promissory estoppel" (impedimento promisorio), o promesas gratuitas que inducen detrimento. (Pryor, S. (2005). Consideration in the Common Law of Contracts: A biblical-theological Critique. *Regent University Law Review, 18, 1,* 1-51, p. 37.)

[1094] Un ejemplo de la acción del *assumpsit* lo encontramos en el acuerdo escrito bajo sello donde A dará a B una suma de dinero estipulada por su casa, la acción del *covenant* surge contra B cuando rehúsa transferir su casa. En tiempos modernos llamaríamos esta acción de "specific performance." Por su parte un ejemplo de la acción de deuda lo encontramos en la acción de pago de renta.

[1095] Arnold explica que el mandamiento de deuda es una herramienta legal utilizada para obligar a alguien a pagar dinero. Se utilizaba frecuentemente en una variedad de situaciones, como cuando alguien acordaba pagar dinero, compraba bienes o recibía servicios. (Arnold, M. (1976). Transcending Covenant and Debt. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. *85 Yale L.J.,* pp. 990 y ss.).

> y la deuda, o deber de pago, surgía no porque el demandado hubiera hecho una promesa, sino porque se consideraba que tenía algo en su posesión que pertenecía al demandante. Hoy en día, la mayoría de las deudas surgen de promesas de pagar una suma de dinero, pero también hay muchas deudas no promisorias. (p. 201)

Por su parte, Windfield (1946) expone que "el remedio para recuperar el dinero garantizado por una escritura fue la acción de deuda, que conservó su forma y carácter esencial a lo largo de toda la historia del procedimiento de derecho común, mientras se preservaron todas las formas de acción." (p. 108). Pero también la acción de deuda podría ser entablada sin prueba de una escritura, como los casos de dinero prestado, o el precio de bienes vendidos y entregados, y la acción de "detinue" (detención) para los bienes muebles arrendados. (p. 109).

Para Holmes (1991), para accionar con el writ of debt[1096], no importaba demostrar cómo nació la deuda[1097] porque no estaba confinada al contrato. Se satisfacía el requisito para accionar si se invocaba la deuda bajo cualquier fundamento. En realidad, era como invocar una afirmación concluyente (o sea una conclusión legal) "'A' me debe tanto de dinero" (p. 253). Y esta doctrina brinda muchas luces para el nacimiento de la futura doctrina de la consideración (p. 253).

Asimismo, Holmes (1991) menciona que no hay evidencia que la consideración se ha halla llamado "causa" antes del reinado de Elizabeth (1558-1603), y en los reportes siempre aparece como "quid pro quo" (p. 253). En realidad, las menciones a la consideración se hicieron para referirse al "quid pro quo" (p. 254, 269).[1098] Estos contratos que se pueden probar con testigos y sin un escrito, empiezan en las deudas y se entienden después a otro tipo de contratos, establecen la peculiar doctrina de la moderna consideración. (p. 258).

Por su parte, Pollock (1902) al rastrear el significado de la consideración, estima que la acción de deuda estuvo conectada en el siglo XVI con el término "quid pro quo", y lo señala de la siguiente manera: "Por lo tanto, la deuda no podía establecerse sin demostrar que el deudor había

[1096] Henry considera que el mandato de deuda (*writ of debt*) es una acción legal para recuperar una suma de dinero o propiedad que se debe, basada en un contrato o promesa. Se originó en la Inglaterra medieval y se usaba comúnmente en cinco casos: dinero prestado, renta de arrendamientos, bienes vendidos y entregados, contra garantes y para una suma fija en un documento sellado. (Henry, R. L. (1917). Consideration In Contracts. *Yale Law Journal*, *26*, pp. 664-698).

[1097] Jenks considera que el "writ of debt" es un remedio legal para recuperar dinero que se adeuda a alguien, basado en un contrato verbal. Puede utilizarse en una variedad de situaciones, como alojamiento, depósitos o salarios. Además, lo ve como una acción legal para recuperar una suma de dinero prometida por el demandado. Jenks lo diferencia de otros tipos de acciones legales como "Assumpsit" o "Covenant", y lo considera una de las primeras formas de acción contractual en el derecho inglés. (Jenks, E. (1892). *The History of the Doctrine of Consideration in English Law*. Londres: Cambridge University Press, pp. 170-215).

[1098] La regla de utilizar testigos en una deuda junto a la entrega que fue "quid pro quo" era el equivalente

recibido algún equivalente o 'recompensa'. En el siglo XV este equivalente se llamaba *Quid pro quo*, un término peculiarmente inglés." (p. 221)[1099]

1.3. La acción de Assumpsit[1100]

Este remedio se asentó a finales del siglo XV. La raíz del *assumpsit* nació[1101] de la promesa ("*undertaking*" o "*assumpsit*") (Street. 1906, p. 174.)

Para Corbin (1947), el *assumpsit* nace a partir de la acción de "trespass:"[1102]

> El mandamiento de asunción de obligaciones tuvo su origen en la acción muy temprana de Trespass y su forma posterior conocida como Trespass en el Caso Especial (o abreviada a mero Caso). Originalmente, Trespass era una acción por daños por el daño causado por la violencia del demandado (*trespass vi et armis*). Tal forma no era aplicable a los daños causados por la negligencia del demandado o de otra manera que no fuera "con fuerza y armas". Cuando tales agravios comenzaron a clamar por un remedio, en lugar de inventar un nuevo mandamiento (como los oficiales del rey podrían haber hecho y como en tiempos anteriores a menudo habían hecho), los tribunales permitieron una mera variación en el mandamiento de Trespass. Se podría omitir la frase *vi et armis* y se otorgaba un remedio para una transgresión que no implicaba fuerza ni armas. Por supuesto, esto fue una creación de nuevo derecho sustantivo, aunque se hizo parecer como un mero cambio en el procedimiento. (p. 201).

Para Holmes (1991), de la misma forma, el assumpsit nació a partir del trespass[1103] donde era necesario descubrir cómo el trespass en un caso estuvo disponible para un incumplimiento de contrato (p. 274).

[1099] En el mismo sentido Jenks cree que "la esencia de la acción de deuda, y su variación, "Detinue", realmente fue al principio que el demandado había tomado en sus manos algo que pertenecía al demandante" (Jenks, E. (1892). *The History of the Doctrine of Consideration in English Law*. Londres: Cambridge University Press, p. 115).

[1100] Arnold señala que la acción de *assumpsit* es una forma de derecho contractual que surgió en el período medieval tardío. Permitió la ejecución de promesas que no se habían hecho en un escrito sellado y, con el tiempo, se convirtió en la base del derecho contractual moderno. (Arnold, M. (1976). Transcending Covenant and Debt. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. *85 Yale L.J.*, pp. 990 y ss.).

[1101] El acto de assumpsit, según Gordley, es un tipo de acción legal que permite a un demandante recuperar daños por incumplimiento de contrato, incluso si no hay un contrato escrito. (Gordley, J. (2000). The Common Law in The Twentieth Century: Some Unfinished Business. *88 Cal. L. Rev.*, p. 1847).

[1102] "Trespass" se puede traducir al español como "intrusión" o "entrada ilegal". En el contexto legal, "Trespass" se refiere a una acción civil por daños y perjuicios por invasión de la propiedad de otra persona sin permiso o autorización.

[1103] Jenks considera que la acción de assumpsit es una forma de acción legal que surgió en el siglo XV para remediar incumplimientos contractuales. Evolucionó de la acción de Deuda y la acción de Trespass on the Case, y se popularizó porque permitía a los demandantes evitar ciertas restricciones y presentar casos donde no había privity entre las partes. (Jenks, E. (1892). *The History of the Doctrine of Consideration in English Law*. Londres: Cambridge University Press, pp. 26-29).

De modo que la teoría de la responsabilidad del *assumpsit*[1104] parte no solamente de casos de negligencia (en el caso de daños ocasionados a la propiedad o a la persona), sino también casos de engaño (Street. 1906, p. 174.)

En este respecto, en el caso de las acciones de *assumpsit* por engaño[1105] (por ejemplo, la situación de un vendedor que transfiere la propiedad a un tercero, engañando la confianza del comprador), dicha acción de *assumpsit* es posible gracias primero a que el comprador dio dinero al vendedor y éste prometió transferir la propiedad al comprador, pero no lo hizo. La acción nace a raíz del engaño, obviamente el objeto (el dinero) debe ser entregado previamente para poder hablarse de "engaño." Entonces, si ése es el caso, de dónde concluye Street (1906) que ese "dinero" o "ese objeto" es la consideración del *assumpsit* por engaño (Street. 1906, p. 176.)[1106]

Asimismo, Street (1906) amplía la noción de "consideración" encontrada arbitrariamente[1107] en las acciones por engaño, en las deudas. En efecto, en el caso de las deudas, este autor expone que, en primer lugar, el reconocimiento de las deudas es suficiente consideración de la promesa de pagar la deuda; y, en segundo lugar, el reconocimiento de promesas mutuas como suficiente consideración de cada una (p. 177).[1108]

[1104] Mc Cauliff considera que el "assumpsit" es una acción legal utilizada para recuperar daños por incumplimiento de contrato. Se le describe como la acción contractual por excelencia en los primeros días de la ley de contratos, con un enfoque en la confianza. El "assumpsit" surgió para hacer cumplir contratos informales cuando alguien resultaba lesionado al confiar en la promesa de otro. (Mc Cauliff (2002). Un Enfoque Histórico de los Lazos Contractuales que Vinculan a las Partes. *Fordham Law Review, 71*, p. 859 y ss.).

[1105] Horwitz piensa que era una práctica común en América demandar en "indebitatus assumpsit" por un contrato expreso, lo que sugiere que la acción de assumpsit está relacionada con los contratos. Además, se describe en un caso como usada "por engaño en la venta de caballos enfermos, o similar." Assumpsit se refiere a una acción de derecho común para recuperar daños por incumplimiento de un contrato, discutiendo sus implicaciones y aplicaciones. (Horwitz, M. (1974). The Historical Foundations of Modern Contract Law. *87 Harv. L. Rev.* pp. 935 y ss.).

[1106] La acción parte del engaño y no del objeto o como Street lo llama "consideración". En este sentido discrepamos con él.

[1107] Bridgeman menciona que los críticos argumentan que la doctrina de la consideración puede ser una barrera arbitraria para la ejecución de promesas, incluso en casos donde la justicia o la equidad podrían exigir lo contrario. (Bridgeman, C. (2008). Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy: Positivism, Formalism, And the Specification of Rules in Contract Law. *29 Cardozo L. Rev. 1443, pp. 1450-1451).*

[1108] En efecto, cuando Street menciona que la consideración de la promesa de pagar una deuda es el reconocimiento de la deuda, eso no es más que un juego de palabras, una tautología sin sentido. Es como que la deuda sea la causa de ella misma. Y esa es justamente la crítica del anticausalismo a la causa clásica de Domat y Pothier. La promesa de una parte se enanca en la promesa de la otra parte. Este sinsentido causalista, revelado en Street, se ve reflejado en la segunda parte de su análisis cuando expresa que el reconocimiento de las mutuas promesas es la "consideración" de cada una de ellas. (Street. 1906, p. 178.)
De modo que es totalmente falso que la acción de *assumpsit* haya estado imbuida de la "consideración." Lo que intenta hacer Street es ver con ojos modernos una realidad antigua. Y aun siguiendo el razonamiento de Street, dicha consideración no es sino un resabio de la causa clásica de Domat y Pothier, una causa falsa, huera de sentido y tautológica (Lizárraga, W. (2000) *El Cuarto Lado del Triángulo. El Problema de la Causa del Acto o Negocio Jurídico*. Arequipa-Perú: Publiunsa).

Un aspecto interesante que trae Street (1906) es el análisis del cambio de la naturaleza de la acción del *assumpsit*[1109] de su aspecto *ex delixto* (en los casos de engaños o de negligencia), a los casos de la responsabilidad *ex contractu*. Este salto se produce al comienzo del siglo XVII. En efecto, en el caso *Slade* del año 1602, la Corte sostuvo que el *assumpsit* se basaba en la promesa implícita de pagar la deuda. (p. 178.) De esta manera, ya no era necesario probar la existencia de la deuda después que la deuda fue creada.

La acción de *assumpsit*[1110] siempre estuvo relegada a las acciones *ex delictu*, como vimos anteriormente[1111], y estaba al margen de acciones contractuales como el *covenant* o la deuda. Asimismo, las acciones de renta no se confundían con el *assumpsit*. Corbin (1947) lo expone de la siguiente manera:

> A medida que el tiempo y las costumbres cambiaron aún más, surgió una demanda insistente de un remedio por el daño sufrido debido a la falta del demandado para cumplir sus representaciones y promesas, promesas que no estaban bajo sello ni eran tal como para crear una deuda de dinero. Estas promesas incluían prestar servicios, construir un edificio, entregar bienes, transferir títulos de propiedad- las premisas que ahora componen una gran parte de esas transacciones comerciales mediante las cuales vivimos y prosperamos. (p. 201).

Para Street (1906), poco a poco entonces, la acción de *assumpsit* se sumerge en la acción de deuda, y así tenemos el "*indebitus assumpsit*," que es usado en dos sentidos. Un sentido estricto (*strictu sensu*), y un sentido lato (*latu sensu*). En el sentido estricto, el "*indebitatus assumpsit*" es entendido como una simple acción de recuperación de una deuda. En un sentido lato, el *assumpsit* se refería a las diferentes acciones generales como la acción por el dinero recibido, por el dinero

[1109] Mills sostiene que el "assumpsit" es una acción legal temprana del *common la*w que permitía hacer cumplir contratos informales. (Mills Holmes, E. (1996). The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review, Vol. 20,* p. 52).

[1110] Ricks considera que la acción de "assumpsit" es un tipo de acción legal que permite a una persona demandar por el cumplimiento de una promesa. Esta se basa en la idea de que debe haber alguna forma de consideración (o "quid pro quo") para que una promesa sea exigible. (Ricks, V. (1998). American Mutual Mistake: Half-Civilian Mongrel, Consideration Reincarnate. *58 La. L. Rev.,* pp. 663 y ss.).

[1111] Henry entiende que la acción de *assumpsit* es una forma de acción legal que evolucionó de la acción de allanamiento de morada en casos de engaño, utilizada para hacer cumplir contratos o promesas. Esta acción permitió reclamar daños en casos de incumplimiento de contrato, especialmente cuando se compraba tierra pero no se recibía. Originariamente, se aplicó en un caso donde se pagó por una tierra sin recibir la escritura, y más tarde en casos donde una garantía hacía una promesa verbal. (Henry, R. L. (1917). Consideration In Contracts. *Yale Law Journal, 26,* pp. 664-698).

prestado, por el dinero pagado, y acción por una cuenta establecida, o el "*quantum meruit*" o "*quantum valebant*" para recobrar por el trabajo hecho o por servicios prestados (pp. 182-183.)[1112]

Street (1906) piensa que la acción del "indebitus assumpsit" en el sentido estricto, pasó por dos etapas, una primera etapa en la cual la acción se basaba en la promesa del deudor de pagar una deuda ya constituida, y una segunda etapa en la cual la acción prescindía de la promesa expresa y se enfocaba solamente en la deuda. Esta acción nació a mediados del siglo XVI, y por más de 50 años se basó en la promesa expresada después de constituirse la deuda. (Street. 1906, pp. 183-193).

Básicamente entonces lo que tenía que hacer el demandante era probar la existencia de la deuda. Y parte de esa prueba consistía en probar que la promesa de la deuda había sido hecha para la existencia de esa misma deuda.

Otra variante del "indebitatus assumpsit" es el caso de la promesa implícita asumida por la ley, como el caso que un huésped es responsable de todos los daños sufridos en la habitación de un hostal a favor del dueño.

Estas acciones del "indebitus assumpsit" en sentido lato, solamente requerían que el demandante demuestre que el demandado se había endeudado y había prometido pagar, es decir, solamente debería demostrar la causa de la deuda o la deuda, mas no la promesa en sí porque no era una acción de deuda en sentido estricto. Es decir, todas esas acciones (acción por el dinero recibido, por el dinero prestado, por el dinero pagado, y acción por una cuenta establecida, o el "quantum meruit" o "quantum valebant") son formalmente una parte del "indebitus assumpsit" en

[1112] En contrapartida, las acciones de deuda implicadas por la ley, como vimos, necesitan que se demuestre la deuda solamente, pero la diferencia con las acciones de "*assumpsit*" en el sentido lato, es que en estas acciones implicadas por la ley, es la ley la que asume que la promesa se deriva de la deuda, porque la ley asume las consecuencias implícitamente. Entonces, las acciones comunes de "*indebitatus*" *assumpsit*, son en realidad acciones donde la promesa es asumida de hecho, no de derecho, como es el caso de la acción donde la promesa es asumida por la ley.
Otra figura interesante, es la acción por el dinero tenido y recibido. Esta acción no clasifica en el ámbito del "*indebitatus assumpsit*" en el sentido lato, porque se basa en la figura del "*quasi-contrato*" o contrato implicado por el derecho, es decir, no existe una deuda verdadera ni una promesa, pero el dinero se entregó a otro por error, o cuando una contraprestación ha fallado y el demandante quiere su dinero de vuelta.
Esta última acción del "*indebitatus assumpsit*" en la forma de acción por dinero tenido y recibido, cobró notoriedad porque estuvo basada en la equidad. Es por eso que Lord Mansfiled era adepto a este tipo de acciones. Street trae a colación tres casos interesantes: *Holmes v. Hall* (6 Mod.161, Holt K.B. 36), en el caso de dinero pagado al demandado que se rehúsa hacer aquello por lo cual motivó el pago del dinero; o en el caso de *Moses v. Macferlan* (2 Burr. 1005.) (Street, T. A. (1906) *The Foundations of Legal Liability. A presentation of Theory and Development of the Common Law.* Long Island New York: Edward Thompson Company, pp. 183-193).

sentido lato, pero realmente no son acciones de deuda y por lo tanto no necesitan demostrar la promesa.

Posteriormente, según Street (1906) esta acción se extiende a la propiedad personal, en el caso de que el demandado haya vendido la propiedad a un tercero y obtenido una cantidad de dinero, en cuyo caso la acción se extiende a la recuperación[1113] de este dinero[1114] (pp. 193-197)[1115].

Sin embargo, por su parte, Corbin (1947) estudia profundamente el *assumpsit* y determina que dicha figura fue transmutándose y ampliándose hasta ampliar su naturaleza:

> El *writ de Trespass*, ya modificado, omitiendo la fuerza y las armas, fue alterado aún más, esta vez por una adición en lugar de una omisión. En las palabras latinas del *writ*, se indicó además que el demandado había prometido (*super se assumnpsit*), que había engañado ilícitamente al demandante y le había causado daño al inducirlo a actuar en confianza en la promesa. Al expedir este *writ*, se había permitido a los escribas variar su redacción exacta para adaptarse al caso especial del demandante. El resultado fue que el *Common Law* ahora ofrecía un nuevo *writ* y una forma de acción descritos como *Trespass en el Caso Especial en Assumption*. Pronto esto pasó a conocerse por su única palabra clave, *Assumpsit*. Así fue como se creó una cantidad muy grande e importante de nueva "ley de contratos", mediante lo que parecían ser nada más que cambios en el procedimiento. No se enunciaron nuevas "reglas" o "doctrinas", pero los jueces más sabios ciertamente sabían que otorgar un antiguo remedio en un nuevo tipo de caso era crear nueva ley, aunque haya tomado algunos siglos más para declarar (y redeclarar) qué es. La efectividad de una "regla de derecho" depende directamente del carácter de los "remedios" y la eficacia del procedimiento. La ley sustantiva y la ley de remedios son solo dos aspectos de nuestro sistema legal. (p. 202).

[1113] Por su parte, Powers sostiene que la teoría de la consideración es problemática porque no permite la recuperación en casos donde no se hizo un trato explícito, incluso si la persona que recibe el beneficio habría accedido voluntariamente a pagar por él si hubiera habido tiempo para negociar. (Powers, J. (2002). Rethinking Moral Obligation as A Basis for Contract Recovery. 54 Me. L. Rev., p. 15-17).

[1114] Tenemos los casos de *Lytle v. Bowdon*, 107, Ala. 361; y *Moody v. Walker*, 80 Ala. 610.

[1115] Es necesario precisar también el caso de la venta ficticia en este tipo de acciones por dinero tenido y recibido. Es el caso de bienes que el demandado no quiera devolver al demandante, como el caso de un caballo por ejemplo entregado al demandado, el demandado entonces declara una venta ficticia al demandado con el fin de recobrar el valor del bien. En decir, la figura del "*indebitatus assumpsit*" en su sentido lato o extenso, tiene como parámetro principal el concepto fáctico del hecho, de la deuda, y ya la ley asume implícitamente la existencia de una promesa. En el "*indebitatus assumpsit*" de carácter estricto, solamente es necesario demostrar la deuda, y la promesa es implicada fácticamente. En el sentido lato tenemos todas esas acciones como como la acción por el dinero recibido, por el dinero prestado, por el dinero pagado, y acción por una cuenta establecida, o el "*quantum merit*" o "*quantum valebant*" para recobrar por el trabajo hecho o por servicios prestados. En estas acciones, solamente se necesita demostrar la causa (origen) de la deuda mas no la promesa en sí. En contrapartida, las acciones de deuda implicadas por la ley, como vimos, necesitan que se demuestre la deuda solamente, pero la diferencia con las acciones de "*assumpsit*" en el sentido lato, es que, en estas acciones implicadas por la ley, es la ley la que asume que la promesa se deriva de la deuda, porque la ley asume las consecuencias implícitamente. De modo que la teoría de la consideración no se perfila como ingrediente esencial en las acciones sobre el "*indebitatus assumpsit*" (Street, T. A. (1906) *The Foundations of Legal Liability. A presentation of Theory and Development of the Common Law.* Long Island New York: Edward Thompson Company, pp. 182-183).

Luego Corbin (1947) pasa a estudiar muchos casos de Inglaterra de la Edad Media. De ese estudio atento y minucioso de casos y reportes, concluye que existen algunos factores que podrían ayudar a entender el "Misterio de la Consideración", que históricamente no responde a una "doctrina definitivamente redactada, ni una regla absoluta e inmutable, ni una definición históricamente correcta" (p. 202).

De esta forma, Corbin (1947) concluye que los dos elementos de la consideración (beneficio y detrimento) se dan cabida naturalmente mediante el quid pro quo de las transacciones negociales:

> No se creaba una deuda monetaria exigible mediante una mera promesa de pago; el promisor debía haber recibido algo del promisario -un quid pro quo-. La acción de *Assumpsit* no era sostenible a menos que el promisario hubiera sufrido daño a causa de la promesa. Quizás estas son las fuentes de la idea, que una vez se afirmó con frecuencia (pero que no se ha vuelto a afirmar por el Instituto), de que la contraprestación debe ser un Beneficio para el promisor o un Detrimento para el promisario. Esta afirmación fue sin duda una simplificación excesiva. Ahora el Instituto establece que la contraprestación no tiene que ser necesariamente un Beneficio o un Detrimento, sino que debe ser objeto de un trueque y entregada a cambio de la promesa para que ésta sea exigible. El Instituto limita la "contraprestación" a las transacciones de trueque; los tribunales, al desarrollar la doctrina, no hicieron tal restricción. (p. 202).

Con ello queda claro que la teoría de la consideración no es una teoría única, no es una verdad revelada con un origen único y absoluto[1116], no es una verdad revelada, sino que es fruto de la interacción de muchos factores y que no existe un consenso sobre su origen exacto, aunque, como dice Corbin (1947), el concepto actual aunado a la contraprestación, es conveniente como un concepto de trabajo (p. 200). Asimismo, vemos que las nociones de detrimento o beneficio nacen a partir del *writ of assumpsit*, que trae conceptos nuevos en formatos viejos (vinos nuevos en odres viejos), de donde las Cortes se enfocaban más en la exigibilidad de la promesa, que muchas veces no pasa por la consideración como presupuesto vinculante, es decir, la consideración no es el único factor que hace que una promesa sea exigible. Este concepto de Corbin (1947) es sumamente importante por cuanto constituye una revolución para la teoría de la responsabilidad precontractual en el sentido de que -como lo estudiaremos en el próximo capítulo- el promissory

[1116] Más adelante veremos la teoría de Gilmore (1974) sobre el origen de la doctrina de la consideración a partir de un error jurisprudencial.

estoppel hace exigible una promesa que no está basada en consideración ni en contraprestación, pero que es vinculante y exigible.

Por su parte, Windfield (1946) existió una fusión del *assumpsit* con la deuda, donde el fundamento de la relación entre las partes (léase *quid pro quo*, o el detrimento en función de la promesa) fue la base de la futura concepción de la consideración:

> Mientras tanto, la relación entre las partes, que se asumió como la base del deber violado por el demandado, y que implicaba que el demandante había cambiado de alguna manera su posición a peor basándose en la promesa del demandado, se transformó en la moderna doctrina de la contraprestación, que se fusionó en el camino, de hecho, si no en teoría estricta, con los requisitos existentes de las acciones de deuda y cuenta. (p. 113).

Y Holmes (1991) concluye que la moderna teoría de los contratos tiene sus antecedentes en la acción del *assumpit*:

> La ilusión de que el *assumpsit*, así extendido, no significaba contrato, no podía mantenerse. A la luz de esta admisión y de los precedentes antiguos, la ley osciló por un tiempo en la dirección de la recompensa como la verdadera esencia de la contraprestación. Pero prevaleció la otra opinión y, por lo tanto, en realidad, se produjo un cambio en la ley sustantiva. Un contrato simple, para ser reconocido como vinculante por los tribunales de Enrique VI, debía estar basado en un beneficio para el deudor; ahora una promesa podía ser forzada en consideración a un perjuicio para el promitente. Pero en el verdadero espíritu arcaico, la doctrina no se separó ni se distinguió del remedio que la introdujo, y así la deuda en tiempos modernos ha presentado la apariencia alterada de una obligación debidamente limitada a los casos en que la consideración era de un tipo especial. (p. 287).

2.- La consideración como teoría del intercambio o contraprestación

Antes de adentrarnos a estudiar el promissory estoppel (PE), necesitamos entender de dónde viene este PE, para ello es importante entender una figura central en el *common law* que es la figura de la consideración. La consideración de los contratos patrimoniales (excluidas las donaciones)[1117], como se verá a continuación, se define como el beneficio que una parte

[1117] Baron argumenta que la teoría de la consideración, que se utiliza para distinguir entre regalos y tratos, es problemática porque se basa en la suposición de que los regalos y los tratos son transacciones verdaderamente diferentes. Sin embargo, el autor sostiene que esta distinción no es tan clara como parece y que los regalos y los tratos pueden compartir de hecho muchos atributos. (Baron, J. (1989). Gifts, Bargains, And Form. *64 Ind. L.J. 155,* pp. 157-158). En el mismo sentido, Siprut señala que la dificultad más

experimenta (el promitente u ofertante) al intercambiarlo por el detrimento del aceptante o promisario (y viceversa), es decir, estamos frente al *quid pro quo*.

La doctrina de la consideración ha sido basada en el principio recíproco del intercambio de beneficio y detrimento[1118], es decir como el detrimento legal del aceptante y el beneficio del oferente o promitente[1119].

La Sección 71 del Segundo Código de los Contratos define la consideración[1120] como un acto o promesa que sirve como incentivo para el acuerdo, en línea con la teoría del intercambio negociado; dicha Sección plantea la doctrina de la consideración de la siguiente forma[1121]:

> (1) Para constituir consideración, una acción o una promesa de retorno debe ser negociada.
> (2) Una acción o una promesa de retorno es negociada si es buscada por el promitente a cambio de su promesa y es dada por el aceptante a cambio de tal promesa.
> (3) La acción consiste en:
> a. Un acto que no sea una promesa, o
> b. Una omisión, o
> c. La creación, modificación, o destrucción de la relación legal.
> (4) La acción o la promesa de retorno puede ser dada por al promitente o a otra persona. Y puede ser dada por el aceptante u otra persona.

significativa es distinguir entre un trato y un regalo. (Siprut, J. (2003). The Peppercorn Reconsidered: Why A Promise to Sell Blackacre for Nominal Consideration Is Not Binding, But Should Be. *97 NWULR 1809*, pp. 1810 y ss.).

[1118] Por su parte, Mc Kendrick menciona que la crítica principal parece ser que la doctrina de la consideración es inconsistente en términos de lo que reconoce como "valor" o "beneficio". Por ejemplo, en algunos casos los tribunales han ignorado un beneficio factual obtenido por el promitente, mientras que en otros casos han encontrado la existencia de consideración a pesar de la aparente falta de beneficio o detrimento. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, p. 122).

[1119] Para Kennedy, el beneficio de la teoría se puede verse en ejemplos concretos:

- ¿Deberían las cortes obligar promesas en situaciones de un intercambio completado a la mitad (bilateral o unilateral)? Sí, porque hubo consideración.
- ¿Deberían las cortes obligar promesas en situaciones de un regalo? No, porque no hay consideración. Sin embargo, puede haber ejemplos de "*promissory estoppel*".
- ¿Deberían las cortes obligar promesas en situaciones de beneficios conferidos anteriormente? (consideración moral)? No, no existe consideración.
- ¿Deberían las cortes obligar promesas en contratos bilaterales de ejecución de una sola parte? (como cuando una persona dice: "te pago $100.00 si vienes mañana a cortar el césped de mi casa")
- ¿Deberían las cortes obligar promesas en situaciones de una obligación preexistente"? No, porque no hay nueva consideración, excepto en casos de novación (Kennedy, D. (2000). From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fullers's Consideration and Form. *Columbia Law Review*, 100, 1, 94-175, p. 100).

[1120] Barnett señala que la consideración es "probablemente la teoría predominante" y que está "plasmada en la sección 71 del Restatement (Second) of Contracts. (Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev. 269,* pp. 287-288).

[1121] American Law Institute. (1981). Sección 71: Requerimiento de intercambio [SRC].

Para Kennedy (2010), existe un cúmulo de consideraciones muchas veces en conflicto, y es que la consideración puede ser formal, substancial e institucional. Desde el punto de vista "formal", la consideración podría jugar el rol de evidencia, o de prevención, y hasta de clasificación[1122]. Desde el punto de vista de la consideración substancial, la consideración podría viajar desde los planos de la autonomía privada, la confianza detrimental (*detrimental reliance*), y la prevención del enriquecimiento injusto. (p. 102).

Es importante resaltar que la teoría de la oferta y la aceptación se basa en el "*meeting of the minds*" o el "encuentro de mentes", que no tiene nada que ver con la consideración como teoría, porque la consideración es un requerimiento impuesto por la ley para hacer que ese "encuentro de las mentes" sea vinculante o no. (Kennedy, 2000, p. 95). Lo mismo sucede entre la responsabilidad extracontractual ("*torts*") y los contratos, ya que la responsabilidad extracontractual está basada en la voluntad del gobierno en controlar situaciones no reguladas por los particulares, mientras que los contratos son situaciones reguladas por los particulares mismos.

Dentro de la teoría de los contratos, la figura del "beneficio para el promitente, y el perjuicio para el aceptante" –que es la médula ósea de la teoría de la consideración- guarda concomitancia con la teoría de los *torts* del *common law* (responsabilidad extracontractual diríamos para el derecho continental) y con la teoría de la deuda y el esfuerzo por impedir el enriquecimiento ilícito. En efecto, dentro de la figura del "beneficio al promitente", se juega el "beneficio" o sea un origen "quid pro quo" que se inspira en el concepto de evitar el enriquecimiento ilícito. Mientras que el "perjuicio al aceptante" se inspira en la figura del "*reliance*" o sea de los daños que se recobraban en el "assumpsit" por cuanto el aceptante perjudicialmente confiaba en la promesa del promitente. Es impreciso el tiempo en que estas dos figuras se juntan[1123].

[1122] En este sentido clasificatorio, Eisenberg discute algunas críticas a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que la teoría no es capaz de explicar ciertos tipos de contratos, como aquellos que involucran modificaciones, ofertas firmes y promesas gratuitas. (Eisenberg, M. (1997). The World of Contract and The World of Gift. *85 Cal. L. Rev*., pp. 821 y ss.)

[1123] Philippe menciona que en el último tercio del siglo XIX, los teóricos legales estadounidenses revolucionaron la doctrina de la consideración, y que "la confianza no jugó un papel importante durante cuatro siglos, hasta el siglo XX". (Philippe, J. M. (2005). French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective. *Tulsa Journal of Comparative and International Law, 12, 2, 3*, pp. 386-388).

Y es que la rigidez[1124] de las teorías objetivas del contrato y la consideración entre 1900 y 1930, no daba cabida a consideraciones subjetivas[1125] y muchas veces desembocó en resultados injustos[1126].

2.1. Aproximación preliminar de la consideración

La consideración en el *common law* es un elemento fundamental que difiere significativamente de la causa en el *civil law*. Las funciones que la consideración desempeña en el *common law*, pueden muy bien ser desempeñadas por otras instituciones diferentes a la causa en el civil law.[1127] Y lo mismo podría decirse con respecto a la consideración en el *common law,* ya que las deficiencias de la consideración, como lo veremos a continuación, preparan el camino para el nacimiento del PE[1128].

En efecto, Reitz (1998) dice que la consideración es un requerimiento muy distinto de la causa. (p. 621). El *Civil Law* omite el requerimiento de la consideración porque el derecho germano y francés posee doctrinas que cumplen las mismas funciones (al menos en el plano de los contratos sinalagmáticos). Por su parte Ferri (2004) entiende que la consideración del *common law* es aneja a la causa de las obligaciones como lo entendía en Código Napoleón de 1804 y el Código Civil italiano de 1865, es decir a la causa clásica de Domat y Pothier (p. 268)[1129]. Sin embargo, en los

[1124] En cuanto a este punto, Eisgruber menciona que el derecho contractual a menudo ha cedido ante argumentos a favor de excepciones especiales y juicios sensibles a los hechos. Esto sugiere que la principal crítica es que la teoría de la consideración es demasiado rígida y no permite flexibilidad en ciertos casos. (Eisgruber, C. (2000). Teaching Law Through Contracts and Cardozo. *44 St. Louis U. L.J.,* pp. 1515-1117).

[1125] En este mismo sentido, Davis manifiesta que algunos autores argumentan la teoría de la consideración es demasiado estricta, demasiado rígida, o anticuada e inflexible. Otros argumentan que es difícil discernir el inducimiento o que puede generar injusticias. Muchas de estas críticas abogan por la doctrina del estoppel promisorio como una alternativa. (Davis, J. P. (1993). Cardozo's Judicial Craft and What Cases Come to Mean. *68 N.Y.U. L. Rev.*, pp. 777 y ss.).

[1126] Powers discute algunas críticas a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que no siempre es justa o equitativa. Específicamente, sostiene que la teoría de la consideración puede impedir que una persona que ha conferido un beneficio sea compensada, incluso cuando tiene una reclamación más convincente al dinero que los beneficiarios de un patrimonio. (Powers, J. (2002). Rethinking Moral Obligation as A Basis for Contract Recovery. *54 Me. L. Rev.* pp. 1 y ss.).

[1127] Reitz, J. C. (1998). How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law, 46, 4,* 617-636, p. 621.

[1128] Farber y Matheson argumentan que la teoría de la consideración parece ser que no es necesaria si tomamos la idea de la confianza como base para la ejecución de promesas. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, p. 904).

[1129] Gordley analiza la historia del concepto de "consideración" en el derecho contractual. Destaca que antes del siglo XIX, los tribunales ingleses requerían "consideración" para que una promesa fuera ejecutable, pero la definición no estaba bien establecida. A principios del siglo XIX, los tratadistas empezaron a considerar la consideración como una versión local de la doctrina de "causa". Más tarde, Sir Frederick Pollock desarrolló la fórmula del "detrimento negociado", la cual fue posteriormente modificada por otros. (Gordley, J. (1995). Enforcing Promises. *83 Cal. L. Rev.*, pp. 559-561).

párrafos venideros veremos que este aserto no es enteramente verdadero, y desentrañaremos la naturaleza de la consideración y su relación con el PE en el tramado contractual[1130].

Por su parte, Watson (1997) piensa que la consideración es el precio de la ejecutabilidad de los contratos en las Cortes. La mayoría de los acuerdos que califican como contratos legalmente ejecutables contienen un intercambio negociado entre las partes (consideración valiosa.) Mientras que doctrinas sustitutas pueden permitir la ejecutabilidad de un acuerdo, sólo la presencia de una consideración valiosa en ambas partes de la negociación creará un contrato bilateral ejecutable desde el momento de su incepción (p. 280).

2.2. La teoría de la inducción convencional recíproca de la consideración de frente a los modelos contractuales de la reciprocidad (Holmes y Williston)

Al inicio del Siglo XX la dualidad entre el detrimento sufrido o el beneficio ganado fue dando plazo a la teoría del intercambio negociado como médula de la teoría de la consideración de los contratos, apunta Teeven (2002, pp. 292-293).

Esta teoría del intercambio negociado no es más que una reminiscencia de las teorías de Holmes (1881), y las interpretaciones de Williston (1921).

Holmes (1881) explicó que la consideración es la razón que induce a actuar a las partes. "Es la esencia de la consideración, que, por los términos del acuerdo, sea dado y aceptado el motivo de la promesa. La promesa debe ser hecha y aceptada como el motivo convencional o la inducción para ofrecer la consideración. La raíz de toda la situación es la relación de la inducción, una por la otra, entre consideración y promesa. (pp. 293-294)

Holmes (1881) también aseveró: "Es difícil de ver la propiedad de erigir cualquier detrimento que un instrumento puede revelar o proveer, en una consideración, a menos que las partes lo hayan negociado en esa medida." (p. 292)

[1130] Atiyah expone dos teorías principales sobre la consideración. La teoría clásica sostiene que una promesa es un compromiso intencional de asumir una obligación y que si no se hace ninguna promesa, no hay responsabilidad. Por otro lado, la teoría postclásica argumenta que el tribunal está creando e imponiendo derechos y obligaciones legales a las partes, y que las promesas de las partes son construcciones legales. (Atiyah, P.S. (1981) Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation by Charles Fried, *95 Harv. L. Rev.*, p. 519).

Las teorías del intercambio negociado se enancaron en los tratados americanos y los casos legales durante el siglo anterior a las declaraciones de Holmes. Debajo de las primeras formas de la consideración estuvo el principio moral de que lo negociado debe vincular a las partes. En efecto, la idea de reciprocidad fue un principio de moralidad estuvo aceptado en la Europa Occidental en el siglo dieciséis mientras que la doctrina evolucionaba (Teeven. 2002, p. 299.)

La visión de Holmes (1881) de la consideración como solamente el intercambio negociado, es tomada de una conclusión inexacta de que los orígenes de la consideración residieron en la reciprocidad del "quid pro quo" de la deuda. En la introducción a su obra "*The Common Law*", Homes (1881) manifestó su intención de desviarse de la historia leal y el estado de las leyes: "El estudio sobre el cual nos hemos avocado es necesario para el conocimiento y para la revisión de la ley." (p. 36)

Holmes (1881) sobre enfatizó el lado del beneficio recíproco del origen de la consideración desde que la consideración una etiqueta única en el contrato de promesa verbal (contrato no sellado, "assumpsit", promesa verbal), pero no una regla uniforme, por el detrimento al aceptante y el beneficio al promitente[1131].

Teeven (2002, p. 301) piensa que el enfoque monístico de Holmes basado en la reciprocidad de la acción de deuda generada provocó bien fundadas críticas desde que dicho enfoque no está basado en los récords históricos. Holmes marginalizó la importancia de los orígenes del detrimento de la consideración al ignorar el nacimiento del contrato de promesa verbal (contrato no sellado) como un remedio de dependencia y su impacto en la doctrina de la promesa verbal (contrato no sellado) haciéndola basar en la promesa, y desatendiendo la acción de deuda. Holmes ignoró la distinción entre la naturaleza de propiedad del quid pro quo de la deuda y la naturaleza consensual del remedio del contrato verbal por inacción. Finalmente negó los orígenes no recíprocos del significado de la doctrina de la consideración del siglo diecinueve.

[1131] Esta teoría del intercambio de Holmes, que ve al contrato como una inducción mutua de obligaciones, considera también a la consideración desde la perspectiva del negocio mutuo, pero Holmes ve a la consideración como una forma y no como una sustancia. Sin embargo, la consideración como forma no puede existir sin echar mano de otras teorías substantivas, como la teoría subjetiva de la voluntad o la teoría objetiva del valor u objeto (Dalton, C. (1985). An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine. *Yale Law Journal*, 94, 5, 997-1114, p. 1069).

Probablemente las teorías de Holmes pudieron ser llamativas en su momento porque los intereses comerciales buscaban resultados predecibles, pero sus visiones no reflejan con certeza el total espectro de precedentes, corrobora Teeven (2002, pp. 3001-302).

Por su parte, Engelskirchen (1997, p. 532) piensa que esta figura del intercambio no es más que una reminiscencia del *quid pro quo* romano (doy para que des), a través del cual la intención del promitente incluye la intención no solamente de obtener algo de la otra parte sino también la intención de inducir a la otra parte a que le entregue algo o dé algo a cambio del hecho, acto u omisión intercambiado. Este intercambio es concomitante con la definición de la teoría clásica de la causa de Domat y Pothier[1132]. Esto es más o menos una inducción recíproca, de dar para recibir. Las partes se comprometen a entregar, dar o hacer, este intercambio de promesas o de compromisos está enfocado en la actuación, no en la mera promesa, porque cada parte se compromete en función a la actuación de la parte contraria. El intercambio de compromisos o promesas no es nada más que parte de la negociación, pero la actuación es la base del intercambio y lo que fundamenta a la causa y a la consideración. Pero en la realidad, la gente no se compromete solamente por el simple hecho de adquirir una promesa, el intercambio de una promesa por otra no es más que un atributo de lunáticos, sentencia Engelskirchen (1997, p. 544).

Henry (1917) piensa que la doctrina de la consideración se remonta a los antiguos contratos anglosajones. Tanto Holmes ("El Common Law") como Pollock y Maitland ("Historia del Derecho Inglés") concluyen en lo mismo, en tanto Holmes identifica a la consideración con el "*quid pro quo*" de la deuda. (pp. 675-676).

En efecto, podemos atisbar preliminarmente, que la teoría de Holmes se centra en analizar el beneficio al deudor, y tal beneficio se identifica con la consideración; pero también analiza el detrimento del ofertante.

Esta teoría del intercambio de Holmes, que ve al contrato como una inducción mutua de obligaciones, considera también a la consideración desde la perspectiva del negocio mutuo, pero

[1132] Bernal Fandiño considera que una figura clave en el movimiento anti-consideración, Planiol, criticó el concepto de causa por ser innecesario y confundirse con otros conceptos como el consentimiento y el objeto. (Bernal Fandiño, M. (2006). La Transformación de la Causa en el Derecho de Contratos Francés. Universitas Pontificia Universidad Javeriana, 111, p. 230). En la misma línea, Lorenzen recuerda que Planiol sostiene que la teoría de la causa es tanto "falsa" como "inútil", y que los mismos resultados se pueden lograr a través de otras reglas que rigen la realidad del consentimiento y la legalidad del objeto. (Lorenzen, E. (1919). Causa and Consideration in The Law of Contracts. *Yale Law Journal, 28, 7*, pp. 632-634). Por otra parte, En su análisis, Planiol expone que la teoría de la causa carece de una base sólida. Argumenta que los autores del Código no anticiparon este asunto, lo que resulta en una regla excesivamente rígida dentro del mismo. Además, señala que esta regla presenta inconsistencias cuando se compara con otras secciones del Código, planteando un desafío a su coherencia general. (Planiol, M. (1904). *Tratado Elemental de Derecho Civil Conforme al programa Oficial de Facultades de Derecho*. T.I. París: Librería Cotillón, p. 1057).

Holmes ve a la consideración como una forma y no como una sustancia. Por su parte, Dalton (1985) observa que la consideración como forma no puede existir sin recurrir a otras teorías substantivas, como la teoría subjetiva de la voluntad o la teoría objetiva del valor u objeto (p. 1069).

Para Holmes, la aplicación del concepto de consideración como forma toma encarnadura en el caso *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903). Es el caso de un estatuto que excluía de impuestos a aquellas compañías que operaran ciertas líneas ferroviarias. El contrato se firma entre el Estado y la compañía ferroviaria al tiempo de vigencia de dicha norma. Sin embargo, después de cuatro años, dicha norma fue abrogada y el Estado pretendió cobrarle los impuestos pasados a la compañía ferroviaria. Holmes pensó que en este caso no existía consideración porque no había la forma de la consideración. Sin embargo, el contrato es en verdad ambiguo. Si el contrato hubiese dicho: "a cambio de perdonar los impuestos a la compañía ferroviaria por el período de la construcción de la línea ferroviaria, dicha compañía se compromete a edificar las líneas ferroviarias" otra hubiese sido la interpretación (Dalton (1985, p. 1770).

Holmes, nos relata Dalton (1985) trata desesperadamente de distinguir consideración de intención, sin embargo, es casi imposible en este caso separar la intención -y lo que es más importante la manifestación de la intención- para vincularlo a la consideración. En este caso, la consideración no es un asunto de forma sino de sustancia, y precisamente la sustancia corre por la riada de la teoría subjetiva de la intención o voluntad. (1770)

Sin embargo, la Corte no analizó el tema de la intención o el aspecto subjetivo de la consideración. La Corte estimó que pese a que la compañía constructora se basó en la ley que eximía ciertos impuestos para actuar, y también considerando que la ley tenía la intención de promover la edificación de la líneas ferroviarias, el intercambio no se produce en un ambiente de "oferta y aceptación"[1133] ya que la exención tributaria era una prerrogativa que el gobierno o la municipalidad otorgaba en general a cualquier compañía para promover una acción y no fue dada específicamente para que determinada compañía haga o edifique algo. (Dalton, 1985, p. 1070)

El Juez Holmes lo expresó de la siguiente forma:

> Sin duda, el Estado esperaba alentar la construcción de ferrocarriles, y los constructores de ferrocarriles esperaban el estímulo, pero las dos cosas no se contraponen en términos de negociación.

[1133] Benson analiza cómo la doctrina de la consideración trabaja en conjunto con la doctrina de la oferta y la aceptación, y cómo ayuda a especificar los actos constituyentes de una transferencia de propiedad. (Benson, P. (2006). Contract as a transfer of ownership. *48 Wm. & Mary L. Rev. 1673*, pp. 1713-1715).

> Pero éste es un modo de discusión un tanto estrecho y técnico para la decisión de un supuesto derecho constitucional. El fundamento amplio en un caso como éste es que, en vista de la materia, el legislador no está haciendo promesas, sino enmarcando un esquema de ingresos públicos y mejoramiento público. Al anunciar su política y proveer para llevarla a cabo, puede abrir una oportunidad de beneficios a quienes cumplan con sus condiciones, pero no las aborda y, por lo tanto, no les hace ninguna promesa. Simplemente indica un curso de conducta a seguir, hasta que cambien las circunstancias o sus puntos de vista sobre la política. Sería totalmente intolerable que se permitiera a las partes a las que no se dirige expresamente establecer un contrato sobre la base de su interés y acción sobre la base de una ley, simplemente porque su interés era evidente y su acción probable, a la luz de la Ley.[1134]

De esta forma, la Corte no encontró consideración y por lo tanto no hubo contrato, ya que la ley de la municipalidad no puede asumirse como una promesa sino una guía para actuar de acuerdo a sus condiciones.

Por otro lado, en el caso de *Maughs v. Porter*[1135], el problema de la consideración se centra en el reenvío de la consideración como forma hacia la teoría objetiva del valor[1136]. En este caso Porter es demandado porque Porter había anunciado en el periódico que estaba vendiendo lotes de terrenos, y a todos los asistentes les daría un ticket para entrar en la lotería de un carro Ford. Cuando *Maughs*, el demandante, asiste a la subasta exige su ticket y gana la lotería del carro Ford, pero Porter no se lo quiere dar y *Maughs* lo demanda. La Corte tiene el dilema de ver si esta transacción fue en sí un contrato unilateral aceptado por el demandante al momento de ir a la subasta, o tal vez un regalo condicionado[1137].

Para resolver este asunto, la Corte revisa la teoría de Williston –parecida a la de Holmes- en el sentido que Williston le da en un ejemplo brindado por él, donde un hombre benevolente promete comprar la chaqueta a un hombre, si este hombre iba a la tienda caminando. Cuando el hombre está a mitad del camino, el promitente se desanima y revoca su promesa. En este caso Williston piensa que este caso es un regalo sujeto a condición. (Dalton, 1985, pp. 1770 y ss).

[1134] *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903)
[1135] *Maughs v. Porter*, 157 Va. 415, 161 S.E. 242 (Sup. Ct. App. 1931.
[1136] Bowers argumenta que la teoría de la consideración, que requiere que una promesa se haga a cambio de algo de valor, se ha aplicado de manera "rígida" y "sin reflexión". Esto ha llevado a la negación de la ejecución de promesas valiosas, incluso cuando la fiabilidad no es un problema. (Bowers, J. (2005). Poke Your Nose into Your Clients' Businesses (If You Want to Understand Their Contracts). *57 Me. L. Rev. 39*, pp. 43-44).
[1137] Para Perillo la principal diferencia entre una promesa respaldada por consideración y una promesa gratuita respaldada por *promissory estoppel* es que en la primera el detrimento es negociado a cambio de la promesa (Perillo, J. (2003). *Calamari and Perillo on Contracts*. Minnessota: Thomson West, p. 256.)

En el caso de *Maughs*, la Corte razonó que el simple hecho de atender a la subasta ya era un detrimento del aceptante que lo ponía en mejor condición de ganar un auto Ford, que aquella otra persona que permaneció en su hogar. Sin embargo, Dalton (1985) explica que en este caso la consideración esta hueca de contenido sino se echa mano de la teoría objetiva del valor o del objeto. (p. 1070) En efecto, la Corte resuelve el caso dictando que cuando exista una ley de orden público prohibiendo un acto (como la promesa de dar algo en un esquema de lotería), tal promesa es inválida por operatividad de la ley[1138].

De esta manera, el contrato nace muerto o no nace realmente porque la operatividad del orden público se impone, de modo que no existe consideración.

2.3. La teoría de la consideración de Holmes en la práctica judicial

La teoría la consideración basada en el concepto del intercambio negociado fue el modelo auspiciado por Holmes y Williston principalmente, que reemplazó los embrionarios conceptos del beneficio al promitente o del detrimento al aceptante de la promesa. Esta teoría del intercambio negociado viene a representar un reflejo jurídico del planteamiento económico de la economía liberal del *laissez-faire*. (Dalton, C. 1985. p. 1068).

Gilmore (1974) dijo que la teoría de los contratos es coexistente con la teoría del mercado (p. 7). Sin embargo, la concepción liberal de la teoría de la consideración jamás reemplazó totalmente los preliminares conceptos del beneficio y detrimento, como fue reflejado en el Primer Código de Contratos (*First Restatement of Contracts*)[1139], e incluso estos dos elementos (beneficio y detrimento) vinieron a jugar un rol especial en el Segundo Código de Contratos (*Second Restatement of Contracts*)[1140].

Para Holmes, la raíz de la teoría descansa en la relación de recíproco y convencional inducción, *quid pro quo* (una por la otra), entra la consideración y la promesa. Sin embargo, los autores de esta teoría (Holmes y Williston) trataron de evitar cualquier confusión[1141] con el motivo

[1138] *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903).
[1139] Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. 1932. (EE.UU.)
[1140] American Law Institute. (1981). Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]
[1141] Donovan dice a este respecto: "El punto es que la doctrina de la consideración es suficientemente problemática y confusa, plagada de inconsistencias y numerosas excepciones, de tal manera que encontrar consideración en los hechos presentes - aunque no esté en la línea principal de la teoría de la consideración porque no implica un intercambio de dinero por el servicio - es una posibilidad. Un tribunal comprensivo podría encontrar consideración en estos hechos, o al menos reconocer que la cuestión es lo

principal subjetivo.[1142] Holmes aplica esta definición de consideración en el caso *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers,* 191 U.S. 379 (1903)[1143]. El caso trata así: un estatuto de 1893 exceptuaba del impuesto ferroviario a cualquier ferrovía que fuera construida y operara una línea particular. La empresa demandante satisfacía las condiciones estatutarias para dicha exención tributaria. Cuatro años después, en 1897, la provisión estatutaria fue repelida, y el demandante se quejó de que el gobierno había quebrado el contrato. Entonces Holmes encontró el llamado contrato sin consideración[1144].

En *Wisconsin,* Holmes razonó que la construcción de la ferrovía era ciertamente un suficiente detrimento o cambio de posición para constituir consideración. Es decir, Holmes razonó que si bien es cierto la construcción de la ferrovía constituía de por sí suficiente detrimento, para la Corte el acuerdo careció de una adecuada expresión de intento real por parte del Estado de querer provocar un cambio de posición en el aceptante porque la Corte opinó que el estatuto de exención tributaria de Michigan de 1893 (que luego fue repelido en 1897) no debería ser asumido como una promesa que genere un cambio de posición en la empresa ferroviaria, y que, pese a que la compañía ferroviaria había experimentado detrimento, bajo ningún punto de vista podría haber un contrato por cuanto no existía un intercambio de promesas, o sea que no existía consideración por cuando el Estado de Michigan no podía reputarse como una parte civil cuyos estatutos se eleven a la alcurnia de promesas, de modo que si no existe promesa no existe consideración, y por ende no existe contrato. Con este pensamiento la Corte desestima la demanda.

---

suficientemente nebulosa como para requerir que el caso vaya a juicio para una audiencia completa." (Donovan, J. (2003). Same-Sex Union Announcements: Précis on A Not So Picayune Matter. *49 Loy. L. Rev. 171*, p. 197).

[1142] Esta es una gran diferencia entre la teoría de la consideración con la de la causa. Como se verá en los capítulos posteriores, la teoría de la causa clásica nace en base justamente a este quid pro puo, o sea una inducción recíproca de promesas (de beneficio y detrimento diríamos desde la perspectiva de la consideración). Sin embargo, el camino que siguió el *civil law* fue el crecimiento de la teoría anticausalista para contrarrestar lo que el anticausalismo entendió como la inutilidad de la teoría clásica, y engendró la teoría del Neocausalismo por medio del cual la causa pasa a consideraciones mentales o subjetivas aunadas a la voluntad. En cambio, en el *common law*, la falencia de la teoría de la consideración no dio origen a una consideración teórica aunada a una teoría mental (como el Neocausalismo del *civil law*), sino a la creación de la teoría del *Promissory Estoppel*, entre otras cosas para dar respuesta a falencias de la teoría de la consideración en el campo de las donaciones (por ejemplo) ya que la consideración solamente explica temas de intercambios patrimoniales a partir de la definición del contrato (intercambio de patrimonios), dejando a las donaciones al aire; falencia que el PE rescata y soluciona. De la misma forma, como veremos en los capítulos posteriores, la causa de las liberalidades (que es el espíritu de liberalidad en sí) no resuelve los problemas que surgen dentro de casos sobre donaciones que obligan al operador judicial a usar otras herramientas como por ejemplo las condiciones u otros conceptos contractuales ajenas a la liberalidad o al espíritu de liberalidad en las donaciones.

[1143] *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903).

[1144] En este sentido, Bowers menciona que el estoppel promisorio puede usarse para hacer cumplir una promesa incluso sin consideración. (Bowers, J. (2005). Poke Your Nose into Your Clients' Businesses (If You Want to Understand Their Contracts). *57 Me. L. Rev. 39,* pp. 48 y ss, especialmente ft. 14).

Sin embargo, Holmes razona que, aún cuando el Estado esperaba estimular la construcción de la ferrovía (y los constructores de la misma esperaban ese estímulo), ambas cosas no están contrapuestas en términos de intercambio negociado ("*bargain*"). Con esto Holmes parece confirmar que la consideración no es sino una expresión formal de la intención, en vez de ser la intención misma. Holmes trata de poner énfasis en la mutua correlación entre la promesa y el detrimento donde ambas deben realmente intentar ser el motivo del uno hacia el otro. Dalton (1985) piensa que tal vez hubiese sido suficiente para Holmes decir: "en retribución por la construcción y operación de esta ferrovía en la que el Estado está interesado, el Estado perdonará los impuestos". (pp. 1070-1971) Sin embargo, este supuesto es solamente un deseo hipotético puesto que la Corte estableció que: "La tasa de impuesto fijada por este acto no se aplicará a ninguna ferrovía en caso de su construcción y operación."[1145]

Pero lo que parece es que Holmes, más allá de buscar una correlación inductora entre la promesa y la consideración, estuviera buscando un motivo subjetivo de la intención propulsora de ese intercambio, o por lo menos la construcción de una figura semejante al PE en ciernes que se separa de la consideración pero que resuelve o pueda resolver el caso de manera más justa y eficiente. Con ello, la conclusión de Holmes, en este caso *sub judice*, es que el acuerdo carece de una adecuada expresión del intento real de la parte del Estado de generar un cambio de posición por una promesa. Por esa razón, Dalton (1985) piensa que Holmes termina confundiendo forma con substancia en el sentido de que la consideración se confunde con esa intención que Holmes trata de separar (en realidad Holmes entra en un argumento circular[1146] entre forma y substancia), y al final la substancia valida la forma de ese intercambio negociado (pp. 1070-1071).

Para concretar la idea, los intentos de Holmes de separar la consideración de la intención para presentar la consideración como una expresión formal de la voluntad, no hace sino confundir la consideración con la intención misma. En el mundo moderno, el caso de la ferrovía sería resuelto sin necesidad de recurrir a una inexistente consideración, pero inclinándose por un análisis más enjundioso de la intención, de la equidad (*detrimental reliance* o "confianza detrimental")[1147].

[1145] *Wisconsin & Michigan Railway v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903).

[1146] Taylor, refiriéndose a Farnsworth, argumenta que la teoría de la consideración es problemática porque requiere una lógica circular. Específicamente, la ley solo reconoce la "confianza razonable" como base para un compromiso, pero la razonabilidad de la confianza de alguien depende de si resulta en un derecho legal. (Taylor, C. (1998). No Regrets in Reading Professor Farnsworth's Contribution. *68 Geo. Wash. L. Rev. 377*, pp. 377 y ss).

[1147] Powers menciona que el estoppel promisorio a veces se utiliza para hacer cumplir promesas cuando el elemento de intercambio es dudoso o inexistente. (Powers, J. (2002). Rethinking Moral Obligation as A Basis for Contract Recovery. 54 Me. L. Rev., pp. 1 y ss.).

2.4. Los errores de cálculo de Williston

Como lo expresamos en párrafos anteriores, Williston propuso arrinconar la promesa vinculante ("*promissory estoppel*") en la sección 90 del Primer Restatement de los Contratos, con la esperanza de ayudar a la evolución de la consideración enraizada en la sección 75 del Primer Restatement como elemento del contrato basado en la doctrina del "negocio" o "bargain"[1148].

El *estoppel* creado por Williston para refundirlo en la sección 90 del Primer Restatement, toma el término de *estoppel*, pero le añade el otro término de "promissory" para acuñar la nueva doctrina de *promissory estoppel*, en el entendido de que el *estoppel* ya no estaría constreñido en los marcos probatorios o de evidencia, sino que pasa del derecho adjetivo al derecho sustantivo de la propiedad[1149]. Sin embargo, Williston habla de "confianza justificada" (*justificable reliance*) pero en realidad todo el lenguaje que Williston usa en la sección 90 es prestado de la doctrina del *estoppel*.

a). Williston piensa que el *Promissory Estoppel*[1150] se basa solamente en transacciones gratuitas intrafamiliares y no comerciales. Este fue un error. Si bien es cierto que *Jorden v. Money*[1151] restringe la doctrina del *estoppel* en el siglo XIX a situaciones de representaciones sobre hechos y no sobre promesas o intenciones a futuro; sin embargo, los casos futuros y el desenvolvimiento del *promissory estopp*el, ha desbordado los campos no intrafamiliares, no comerciales.

En efecto, revisando cómo el Segundo Restatement de los Contratos ha tratado la doctrina del promissory estoppel en 1981, tenemos que Williston estaba equivocado.

En efecto, el lenguaje del Segundo Restatement es parecido al del primero, y de hecho ambos Restatements conservan la sección 90 para el promissory estoppel, que es definido como:

> (1) Una promesa que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción u omisión por parte del aceptante o de un tercero y que induce tal acción u omisión es vinculante si la injusticia

[1148] En efecto, Kraus manifiesta que el Primer Restatement of the Law of Contracts incorporó la teoría del intercambio de la consideración en la sección 75 (Kraus, J. (2008). From Langdell to Law and Economics: Two Conceptions of Stare Decisis in Contract Law and Theory. Virginia Law Review. 94, 1, pp. 157-195).
[1149] Stoljar menciona el estoppel promisorio como una "doctrina auxiliar" que el derecho estadounidense utiliza para "evitar resultados severos" derivados de la "falsedad intrínseca de la distinción unilateral-bilateral". (Stoljar, S. (1955). The False Distinction Between Bilateral and Unilateral Contracts. *64 Yale L.J. p. 519).*
[1150] En el próximo Capítulo (III) estudiaremos a profundidad el Promissory estoppel.
[1151] *Jorden v Money, (1854) 5 H.L.C. 185.*

> puede evitarse únicamente mediante el cumplimiento de la promesa. El recurso otorgado por incumplimiento puede ser limitado según lo exija la justicia[1152].

Lo que más o menos se traduce como:

> Una promesa que el promitente debe razonablemente confiar en inducir una acción u omisión de un carácter definitivo y sustancial en el aceptante o una tercera persona y que induce dicha acción o abstención, es vinculante si la injusticia sólo puede evitarse mediante la aplicación de la promesa. El remedio proporcionado por el incumplimiento de dicha promesa puede ser limitado en tanto la justicia lo demande.[1153]

b). El otro error de cálculo de Williston es que Williston no tomó en consideración que el *estoppel* era una figura que había permanecido en el *common law* como una doctrina adjetiva, y no sustantiva. Es decir, es *estoppel* estaba restringido a los parámetros probatorios de la evidencia. Si bien es cierto, muchos consideran que éste fue un error de cálculo, en realidad, lo que hizo fue dar nacimiento a una doctrina nueva que se presta su fundamento teórico del *common law* inglés a modo de trasplante legal pero que le da tal encarnadura y adaptación en el sistema americano, que al final muchos autores hablan de la posibilidad de reexportar dicho principio de los EE.UU. al Reino Unido.[1154]

[1152] American Law Institute. (1981). Section 90: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance. In Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC].

[1153] Y las ilustraciones del Segundo Restatement son muy interesantes (American Law Institute. (1981). Section 90: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance. In Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]:

Ilustración Número 1: A, sabiendo que B irá a la universidad, promete a B que le dará $5000 al completar los cursos. B va a la universidad, y se presta y gasta más de $5000 en gastos universitarios. Antes de culminar sus cursos, A revoca su promesa. Sin embargo, la promesa de A es vinculante y debe cumplirla, así no haya estado teñida de "bargain" o "negociación.

Ilustración Número 2: A promete a B no ejecutar la hipoteca de la casa por un determinado tiempo. Confiado en esta promesa, B realiza gastos de mejoramiento de la propiedad. La promesa de A es vinculante y no podrá ejecutar la hipoteca sino hasta que se cumpla el plazo.

Ilustración Número 3: A demanda a B en una Corte municipal por daños personales causados por la negligencia de B. Después que el límite rescriptorio vence, B requiere a A descontinuar su acción en la Corte Municipal e ir a la Corte Superior donde se podría consolidar dicha acción por daños personales con otras acciones en contra de B. Si A desestima su acción, B estará impedido de usar el límite prescriptorio como defensa.

Ilustración Número 4: A trabajó para B como 40 años y B promete a A darle $200 de pensión cuando A se retire. A se retira, y no podrá zafarse de su promesa de recompensar a A.

- *Reliance* de Terceras Partes: cuando una parte realiza una promesa a favor del beneficiario siendo predecible que una tercera parte actuará en base a dicha promesa.

Ilustración Número 5: A tiene una hipoteca en el terreno de B. B quiere hacerse una segunda hipoteca con C. A promete por escrito a B liberar una parte del terreno de la hipoteca si B paga una cantidad determinada de dinero a A. B se hace un préstamo de C, confiado en las promesas de A. Entonces A no podrá retractarse en detrimento de C.

Ilustración Número 6: A realiza una nota promisoria a favor de B, un banco, con el fin de darle una apariencia de solvencia económica y que siga operando. B fracasa y es tomada por C, un representante de los acreedores de C. C hace que la nota promisoria de A sea vinculante.

[1154] Cfr. Ngugi, J. M. (2007). Promissory Estoppel: The Life History of An Ideal Legal Transplant. *University of Richmond Law Review, 41, 2, 5,* 425-497, p. 460.

2.5. La teoría de la consideración de Williston en la práctica judicial

En el caso siguiente, *Maughs v. Porter*[1155], veremos cómo la Corte se inclina por una teoría de la consideración que trata de equiparala con el valor o el objeto del contrato (a diferencia del caso anterior donde la Corte trato de equiparar la consideración con la intención). En *Maughs*, la Corte se inclinó por las consideraciones de Willinston para dar relleno a un concepto elusivo como es la consideración.

En el caso de *Maughs* el demandado (apelante) es llevado a Corte porque prometió que cualquier persona que asistiera a su subasta (donde se subastaría muchas tierras) tendría la oportunidad de ganarse un automóvil Ford, sin necesidad de ofrecer comprar tierras. El demandante asiste a la subasta y le dan un boleto para la rifa del automóvil, y no apuesta en ninguna de las subastas de tierras, pero sin embargo gana la rifa del automóvil.

La Corte en *Maughs* se enfrenta al terrible dilema de determinar si la promesa dada por el demandado *Maughs* era un contrato o un simple regalo condicionado y revocable a decisión del demandado antes de su ejecución. Entonces la Corte trató de encontrar si existía alguna consideración que pudiera pasar de parte del demandado hacia el demandante.

Para encontrar respuesta a esta pregunta, la Corte recurre a un ejemplo planteado por el propio Willinston, que narra el siguiente ejemplo: Un hombre generoso le dice a un pordiosero: "si vas a la tienda de ropa de la esquina, puedes comprar un abrigo y ponerlo a mi cuenta". Willinston menciona que la caminata del pordiosero a la tienda de ropa podría constituir consideración, pero no lo es porque la caminata no fue pedida a cambio de la promesa de comprarle el abrigo, la caminata no fue el precio a pagar por la promesa del abrigo, la caminata fue nada más que una condición de la promesa gratuita.

En este ejemplo de Willinston cualquiera podría empezar distinguiendo que la identificación del promitente como "un hombre generoso" podría hacer inclinar el análisis y decidirse por un regalo en vez de un intercambio. Pero un análisis más enjundioso escapa de esta trampa semántica y se enfoca en el problema de construcción de la promesa.

[1155] *Maughs v. Porter*, 157 Va. 415, 161 S.E. 242 (Sup. Ct. App. 1931).

Citando el ejemplo de Willinston, la Corte de *Maughs* encontró que no se encontraba frente a una donación con condición (como lo planteaba Willinston) sino frente un verdadero contrato donde la consideración era la caminata de la persona demandante al salir de su casa e ir a la exposición de tierras, y lo reputó como suficiente detrimento que sustenta una consideración. Es que la Corte pensó que para el demandado era mejor tener a un asistente en el local del remate que en su casa, porque un asistente podría apostar. Ese "podría" es la posibilidad que la Corte la configura como consideración del vehículo.

A diferencia de Willinston, la Corte opinó que sí había consideración y que sí era un contrato y no una donación; sin embargo, pese a que se encontraba frente a un contrato unilateral, la Corte sostuvo que este contrato era parecido a una lotería, y por ende las loterías estaban prohibidas en ese Estado y las consideró ilegales por el imperio de la ley.

En este caso, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia, por cuanto opinó que, pese a que el contrato tenía consideración (y no era por lo tanto una donación con condición), no era ejecutable por ser una lotería contraria al orden público, de modo que el demandado ganó el caso.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones, sostuvo que ese tipo de transacciones pueden ser consideradas como contratos y no donaciones bajo una condición.

Posner (1997) cree que la teoría de la consideración en realidad es una mera formalidad contractual para distinguir los contratos de las liberalidades (así estén sujetas a un condicionante) (p. 605). Para que funcione tiene que recurrir a otros elementos del contrato como son la intención o el objeto (el valor) que los hace interactuar en el beneficio al promitente y el detrimento al promisario[1156]. Y es precisamente lo que hace Holmes, en el caso *Powers* visto anteriormente, inclinando la balanza de la consideración y echando mano del elemento contractual de la intención. Por su lado Willinston, en el caso *Maughs*, inclina la balanza de la teoría de la consideración al elemento objetivo o el valor. Con una u otra perspectiva, la consideración no puede vivir sino es a través de la intención (teoría de Holmes) o del objeto (Willinston). Lo que ocurre es que el énfasis de la teoría de la consideración en su aspecto formal[1157] hace que estos dos elementos (de la

[1156] En este sentido Posner argumenta que la teoría de la consideración, que postula que las personas dan regalos de manera altruista, es insuficiente para explicar el comportamiento de dar regalos. Específicamente, el autor señala que la teoría no explica por qué las personas no disminuyen sus donaciones a medida que una caridad se vuelve más rica, o por qué a menudo se dan grandes regalos de manera pública. (Posner, E. (1997). Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises. *Wisconsin Law Review*, pp. 572-574).

[1157] En el mismo sentido, Barnett y Becker argumentan que la teoría de la consideración a menudo se elude mediante el uso del estoppel promisorio, lo que permite a los tribunales hacer cumplir promesas sin los requisitos formales de un contrato. (Barnett, R.

intención o del objeto) se barajen constantemente[1158]; sin embargo, ambos elementos subyacen como la substancia de la forma considerativa[1159].

De cualquier forma, separando la segunda parte del caso de *Maughs* (que estima que la lotería como contrato estaba prohibida por imperio de la ley), y enfocándonos solamente en el tema del contrato, de la liberalidad y las donaciones con condiciones, vemos que las donaciones –como concepto- adolecen de muchos problemas. En el *common law* la teoría de los contratos no considera que las liberalidades sean donaciones[1160], cosa que es diferente en el civil law (donde las donaciones sí son contratos). Sin embargo, la falencia del tema de las donaciones la puede muy bien suplir la teoría del PE, y nos preguntamos cómo pudiera haberse resuelto el caso *Maughs* si es que resultaba ser (como planteaba Willinston) una donación con condiciones (o sea, diferente a un contrato unilateral), y el PE podría haber amparado la parte de la demanda del asistente que reclamara daños emergentes, mas no el valor del bien, por cuanto la liberalidad o el espíritu de liberalidad no equivalía a una promesa que haga del contrato ejecutable.

El aporte de Willinston en este caso es el de enmarcar los ribetes y contornos de la teoría de la consideración. Willinston en este caso cree que una condición de una donación no puede ser consideración y por lo tanto no puede ser un contrato sino una donación sin consideración, mientras

y Becker, M. (1987). Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations. *Hofstra Law Review*, 15(3), p. 496).

[1158] Posner argumenta que la teoría de la consideración no explica adecuadamente las diferentes actitudes de la ley hacia las promesas gratuitas y las transferencias gratuitas. Específicamente, la teoría no explica por qué la ley se niega a hacer cumplir las promesas gratuitas, pero sí hace cumplir las transferencias gratuitas. (Posner, E. (1997). Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises. *Wisconsin Law Review,* pp. 593-596).

[1159] Bajo este análisis, el agudo lector podrá fácilmente asemejar estos planteamientos de la consideración de Holmes y Williston con los planteamientos de Domat y de Pothier en el Código Napoleónico de 1804. Holmes y Williston representan para el *common law*, lo que Domat y Pothier representan para el *civil law*. Ambos encajan perfectamente sus planteamientos de la consideración y de la causa del contrato para asemejarla o a la intención o al objeto. La única diferencia es que para el *common law* la donación no es un contrato (y es por eso que la Corte de Williston desestimó la donación), mientras que para el *civil law* sí lo es (las donaciones son contratos con intención de liberalidad). Pero más allá de esta desemejanza, la causa y la consideración encuentran sus puntos de coincidencia retórica, filosófica y hasta jurídica en los planteamientos de Holmes-Williston y de Domat-Pothier.
Como veremos, el planteamiento de la causa clásica de Domat y Pothier es prontamente negado por el anticausalismo y seguido por el neocausalismo (en sus distintas modalidades), hasta el punto de engendrar teorías de la causa función, de claro corte italiano. Sin embargo, las teorías de la consideración de Holmes y de Williston encontraron una evolución en la misma realidad, la misma que, gracias al influjo de la equidad, absorbe, respalda y asimila otras alternativas como el *promissory estoppel* ("promesa vinculante"), o del detrimental reliance ("confianza detrimental"), entre otras figuras. Por su parte, Mc Kendrick piensa que el estoppel promisorio tiene el potencial de tener un impacto significativo en la doctrina de la consideración, es una de las "doctrinas alternativas" que ha surgido para abordar las "debilidades básicas" de la doctrina de la consideración, y puede usarse como sustituto de la consideración en ciertos casos. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, pp. 150-151, 160, 505-508).

[1160] En efecto, Baron aclara que la doctrina de la consideración es "esencial para la dicotomía regalo/trato" y que se utiliza para "delimitar qué promesas son dignas de ejecución legal". (Baron, J. (1989). Gifts, Bargains, And Form. *64 Ind. L.J. 155*, pp. 157-158).

que la Corte pensó al contrario, que sí puede ser una consideración y por lo tanto un contrato, pero que no era ejecutable por acción del orden público[1161].

Veamos ahora un caso muy famoso *Kirksey V. Kirksey*[1162]. Es una acción de *assumpsit* presentada por el demandado contra el demandante en error. La cuestión se presenta ante el Tribunal en un caso acordado, que muestra los siguientes hechos:

El demandante era la esposa del hermano del demandado, pero desde hacía algún tiempo era viuda y tenía varios hijos. En 1840, la demandante residía en terrenos públicos bajo un contrato de arrendamiento, se había quedado más tiempo del acordado y estaba establecida cómodamente, y habría intentado asegurar la tierra en la que vivía. El demandado residía en el condado de Talladega, a unas sesenta o setenta millas de distancia. El 10 de octubre de 1840, le escribió la siguiente carta:

> "Querida hermana Antillico: Con mucha consternación supe que el hermano Henry había fallecido, junto con uno de sus hijos. Sé que tu situación es de pesar y dificultad. Antes tenías una mala situación, pero ahora es mucho peor. Me gustaría ir a verte, pero actualmente no puedo hacerlo con comodidad... No sé si tienes alguna preferencia por el lugar en el que vives o no. Si la tienes, te aconsejaría que obtengas lo que prefieras, vendas la tierra y abandones el país, ya que tengo entendido que es muy poco saludable y sé que la sociedad es muy mala. Si vienes y me ves, te proporcionaré un lugar para criar a tu familia, ya que tengo más terrenos abiertos de los que puedo atender; y debido a tu situación y la de tu familia, quiero que les vaya bien" (*Kirksey v. Kirksey*).[1163]

En un plazo de uno o dos meses después de recibir esta carta, la demandante abandonó su posesión sin disponer de ella y se mudó con su familia a la residencia del demandado, quien le proporcionó casas cómodas y le dio tierras para cultivar durante dos años, al final de los cuales le notificó que debía irse y la colocó en una casa incómoda en el bosque, de la cual después la hizo abandonar.

Se encontró un veredicto a favor del demandante por doscientos dólares, los hechos anteriores fueron acordados. Sin embargo, el Tribunal revocó la sentencia.

[1161] Por otro lado, la teoría de la Culpa in Contrahendo (CIC), particularmente la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), no sería aplicable en este caso. Esto se debe a que no se evidencia una infracción a un deber de informar o un deber de negociar de buena fe. La situación actual se centra en determinar si estamos ante un acto de liberalidad o un contrato con consideración, lo que sitúa el debate fuera del ámbito de la CIC y el RINP.

[1162] *Kirksey v. Kirksey*. Supreme Court of Alabama, 1845. 8 Ala. 131.

[1163] *Kirksey v. Kirksey*. Supreme Court of Alabama, 1845. 8 Ala. 131.

El juez Ormond dio su opinión en discordia de la siguiente forma:

> ORMOND, J. - La inclinación de mi opinión es que la pérdida e incomodidad que sufrió la demandante al abandonar su hogar y trasladarse a la residencia del demandado, a una distancia de sesenta millas, constituye una consideración suficiente para respaldar la promesa de proporcionarle una casa y tierras para cultivar hasta que pudiera criar a su familia. Sin embargo, mis colegas opinan que la promesa por parte del demandado fue simplemente un acto de gratitud y que no procede una acción por su incumplimiento. Por lo tanto, el fallo del tribunal inferior debe ser revocado de acuerdo con el acuerdo de las partes.

Por su parte, Corbin (1952) expuso otros casos parecidos donde se negó la demanda por situaciones parecidas:

> En *Richards' Ex'r v. Richards*, 46 Pa. 78, 82 (1863), Lowrie, C.J., dijo: "No cabe duda de que hay pruebas de que el testador dijo que pagaría ese saldo, y que redactó notas que lo hubieran obligado a ello si se hubieran emitido según se había planeado inicialmente; pero estas notas se entregaron y destruyeron, por lo tanto, no tienen valor, y los valores efectivamente entregados no lo obligan. Por lo tanto, solo tenemos su consejo al demandante para comprar la granja y no mudarse al Oeste, acompañado de la garantía de que le proporcionaría el saldo del precio de compra. Pero esto no constituye un contrato legal. Las garantías de ayuda que acompañan a un amable consejo nunca se pretenden como contratos. Y cumplir con un consejo nunca se pretende como una contraprestación legal por las amables garantías que acompañan al consejo, aunque puede ser un motivo para su cumplimiento. Sería sumamente perjudicial para la libertad de las relaciones sociales crear incluso una sospecha en la mente del público de que esas amables ofertas de consejo y ayuda que se dan entre amigos y parientes podrían convertirse en contratos que la ley haría cumplir". (p. 383)
>
> *En Boord v. Boord, Pelham*, So. Aust. 58 (1866), el demandado escribió a su hermano en Inglaterra, prometiéndole un regalo de 2500 libras a su llegada a Australia. El hermano fue a Australia confiando en la promesa, pero el tribunal negó su cumplimiento. (p. 384).

Sin embargo, otra Corte resolvió este misterioso caso y valoró que la ejecución o la entrega del objeto hace una gran diferencia con la mera gratuidad (Verkerke, 2012, p. 83). Tenemos el caso de *Spooner's Adm'r v. Hilbish's Ex'r,* 23 S.E. 751, 753 (Va. 1895), donde la Corte sostuvo:

> Un regalo es un contrato sin contraprestación y, para ser válido, debe ser ejecutado. Debe ser ejecutado mediante la entrega real del donante al donatario, o a alguien en su nombre, del objeto entregado, o mediante la entrega de los medios para obtener el objeto del regalo, sin que el donante realice más actos para permitir al donatario tomar posesión del mismo. De lo contrario, solo hay una intención o promesa de dar, que, al ser gratuita, sería una mera nulidad. La entrega de la posesión del objeto entregado, o de los medios para obtenerlo, de manera que su disposición sea irrevocable, es indispensable para que el regalo sea válido...

Ahora bien, la diferencia entre un regalo condicional y un contrato ha sido explicado por Samuel Williston de la siguiente forma (Ricks, 2017):

> Si un hombre benévolo le dice a un vagabundo: "Si vas a la vuelta de la esquina a la tienda de ropa de allí, puedes comprarme un abrigo a mi crédito", ninguna persona razonable entendería que el corto paseo se pidió como contraprestación por la promesa; más bien, el entendimiento sería que en el caso de que el vagabundo fuera a la tienda, el promisor le haría un regalo. Sin embargo, el camino a la tienda es, por su propia naturaleza, susceptible de ser considerado. Es un detrimento legal para el vagabundo tomar el paseo, y la única razón por la cual el paseo no es considerado es porque en una interpretación razonable, debe sostenerse que el paseo no fue solicitado como el precio de la promesa, sino simplemente una condición de una promesa gratuita. A menudo es una cuestión difícil decidir si las palabras de condición en una promesa indican una solicitud de consideración o establecen una mera condición en una promesa gratuita. Aunque no existe una prueba concluyente para hacer la determinación, una ayuda para determinar qué interpretación de la promesa es más razonable es una investigación sobre si el cumplimiento de la condición beneficiará a la promisor. Si es así, es una inferencia justa que el suceso fue solicitado como consideración. Por otro lado, si, como en el caso del vagabundo mencionado anteriormente, el cumplimiento de la condición no beneficiará al promitente pero obviamente tiene el propósito de permitir que el prometido reciba un beneficio (un regalo), el cumplimiento del evento sobre el cual la promesa está condicionada, aunque producido por el prometido en confianza en la promesa, no se interpretará como contraprestación. (p. 119).

Como vemos, para el *common law* un regalo no es un contrato, es decir, es una mera gratuidad sin consideración y no es vinculante[1164]. Por otra parte, para que exista un regalo condicionado (y por lo tanto sea vinculante como un contrato), la condición a cumplirse debe beneficiar al promisor, en cuyo caso estaríamos frente un contrato[1165].

2.6. La consideración frente al beneficio del promitente o el detrimento del aceptante

La teoría de la consideración en el ámbito judicial implica un equilibrio entre dos elementos fundamentales: el beneficio para el promitente y el perjuicio para el aceptante de una promesa.

[1164] Posner piensa que la teoría de la consideración no explica adecuadamente la utilidad social de las promesas y transferencias gratuitas, que pueden ser altruistas, mejorar el estatus o aumentar la confianza. (Posner, E. (1997). Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises. *Wisconsin Law Review*, pp. 602-604).

[1165] De igual manera, en este aspecto, Posner añade que el altruismo no es una explicación suficiente para el acto de dar regalos. El autor argumenta que el deseo de intercambio motiva la mayoría de los actos de dar regalos, y que las personas a menudo dan regalos para ganar estatus o construir confianza. (Posner, E. (1997). Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises. *Wisconsin Law Review*, pp. 567-609).

Esta dinámica se refleja en diversos casos judiciales, donde se busca identificar tanto el beneficio tangible o intangible que recibe el promitente a cambio de su promesa, como el perjuicio o sacrificio que sufre el aceptante como resultado de confiar en esa promesa.

En la práctica, la consideración puede tomar muchas formas. Por ejemplo, puede ser un acto realizado por el aceptante que beneficia al promitente, o puede ser una renuncia por parte del aceptante a ejercer cierto derecho o llevar a cabo una acción, lo cual constituye un perjuicio para él. La clave está en que haya una relación de causa y efecto entre la promesa y la acción o renuncia del aceptante.

Los tribunales examinan estos elementos para determinar si existe una consideración válida y, por lo tanto, si un acuerdo es legalmente vinculante. La falta de consideración adecuada puede llevar a que un contrato sea considerado no vinculante o inválido[1166]. Este concepto es central en el derecho contractual, y su interpretación y aplicación pueden variar según el contexto específico de cada caso.

> El problema no era saber si existía una "adecuada" consideración, sino si existía al menos "suficiente" consideración[1167]. Suficiente consideración significa un poco de consideración, mientras que consideración adecuada significa una consideración conmensurable con el valor de la promesa hecha. (Dalton, 1985, p. 1080).

Sin embargo, el Segundo Restatement de Contratos se enfoca no en el dilema de suficiente-adecuada consideración[1168], sino en el tema de la presencia o ausencia de

[1166] Con respecto a la teoría de la consideración adecuada, Mitchell señala que la doctrina de la consideración es "extremadamente compleja y sutil", y que puede ser engañoso sugerir que una consideración debe ser negociada. Además, el hecho de que un "grano de pimienta" pueda ser suficiente como consideración plantea preguntas sobre la adecuación de la contraprestación por la promesa. (Mitchell, C. y Mitchell, P. (2008). *Landmark Case in the Law of Contract*. Oregon: Hart Publishing, p. 57). En el mismo sentido, Pollock argumenta que la doctrina de la consideración se ha extendido más allá de su ámbito adecuado, que es regular la formación de contratos, y se ha utilizado para regular y restringir la extinción de contratos. Esto ha llevado a algunos resultados problemáticos, como la regla de que una deuda puede ser saldada aceptando un sombrero de castor o un grano de pimienta, pero no aceptando una suma de dinero ligeramente menor. (Pollock, F. (1902). Principles of contract. A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England. 7th edition. Londres: CF Roworth, p. 289).

[1167] Ballatine analiza diversas teorías sobre la consideración. Algunas sostienen que el acto mismo de prometer es la consideración, mientras que otras afirman que es la obligación creada por la promesa la que constituye la consideración. Otra teoría plantea que la consideración se encuentra en la reciprocidad de un trato o intercambio.
Además, Ballatine explora teorías que postulan que las promesas mutuas son consideración una de la otra porque son vinculantes y, por lo tanto, un detrimento legal. Otra teoría argumenta que la consideración es el rendimiento prometido, no la promesa en sí. Por último, se aborda el aspecto secundario de la consideración, que examina si una promesa de compensación adicional es válida. (Bellatine, H. (1913). Is the Doctrine of Consideration Senseless and Illogical? Michigan Law Review, Vol. IX, No. 6, pp. 423-434).

[1168] Pierce sostiene que la doctrina de la consideración adecuada, tal como la aplican los tribunales inferiores, se ha convertido en un pretexto para rechazar cualquier decisión de política que no sea del agrado de los jueces revisores. También argumenta que la

consideración. Pero aún en este caso, el medir la presencia o ausencia de consideración corresponde a realizar un *test* formal; mientras que medir cuán adecuada es la consideración, corresponde a un test substancial.

La Corte en el Caso *Browning* se inclina por la postura de Williston donde la consideración no es el beneficio al promitente sino el detrimento del aceptante de la promesa. Y es que la Corte se inclina por la postura del detrimento legal que va más allá del real beneficio al promitente o un detrimento efectivo al aceptante. Un detrimento legal puede ser renunciar a algo a lo que el aceptante tenía derecho antes de que la promesa sea hecha, o hacer o abstenerse de hacer algo a lo que estaba en derecho de hacer o no hacer. (Dalton, C. 1985, p. 1080).

Pero el caso *Browning* fue modificado por otro caso *Sailor v. Ohlde*, 71 Wn. 2d 646 (Wash. 1967), y también encuentra su límite en otro caso parecido, pero de diferente resolución: *D.C. v. T.W.* 70 Wash.2d 145, 422 P.2d 314 (1967), ilustra un posible "serio" acuerdo bajo la apariencia de una formalidad que no condice con la substancia. En este caso, una madre de un niño recién nacido acuerda con un hombre (que no es el padre del niño), frente a un notario público, a que el hombre se comprometa a dar alimentos al niño hasta su mayoría de edad o hasta que se case (cualquiera que sucediera primero). El caso es que el hombre, después de firmar ese pacto, deja de satisfacer sus "obligaciones" y la mujer lo lleva a Corte. La Corte le da la razón a la mujer, pero en la Sala de Apelaciones de Texas, la Corte revoca la decisión y se inclina en pensar que la consideración, si bien es un elemento formal, no condice con la realidad, con el valor objetivo y substancial de que la mujer tenía custodia del hijo y por ley ella estaba obligada a sustentarlo, y no un hombre que no es su padre, por más que haya existido un hecho formal cual es el compromiso firmado delante de un notario público. Esto estaba corroborado por la Ley de Texas de 1972, donde el padre de un hijo ilegítimo no tenía la obligación de proveer de alimentos, mientras que la madre tenía custodia total del hijo junto con la obligación de proveerle de alimentos. "Consideración" no es todo, sentenció la Corte.

En estas dos sentencias (especialmente *D.C. v. T.W.* 70 Wash.2d 145, 422 P.2d 314 (1967)), el juego entre la consideración, la intención y el objeto se entrelazan. La consideración no es nada y está ausente cuando no refleja un hecho objetivo. El objeto prevalece sobre la consideración, porque la consideración es un elemento vacío que muchas veces no reproduce el verdadero valor

doctrina es "infinitamente maleable" y permite demasiada discreción por parte de los jueces. (Pierce, R. (1991). The Unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts Have Contributed to The Electricity Crisis of the 1990s. *43 Admin. L. Rev. 7,* pp. 28-30).

de la transacción. Es, gracias a estas decisiones, donde los verdaderos elementos del contrato inclinan la balanza por una decisión más justa y responsable[1169].

En resumen, los casos *Browning v. Johnson* y *D.C. v. T.W.* abordan cuestiones clave sobre la naturaleza y el papel de la consideración en los contratos desde diferentes perspectivas.

1. En *Browning v. Johnson*, la Corte Suprema del Estado de Washington se enfrentó al dilema de encontrar consideración en el contrato de cancelación de un contrato primigenio que era inejecutable. La corte finalmente concluyó que el contrato de cancelación tenía "adecuada consideración" y, por lo tanto, no permitió a Browning recuperar los $40,000 que había pagado para cancelar el contrato original. Este caso resalta la importancia de la consideración no sólo en términos de beneficio para el promitente, sino también en términos de detrimento para el aceptante de la promesa. La corte adoptó la perspectiva de que la consideración implica un detrimento legal, que puede incluir renunciar a algo a lo que el aceptante tenía derecho antes de la promesa, o hacer o abstenerse de hacer algo a lo que tenía derecho.

2. En contraste, el caso *D.C. v. T.W.* ilustra cómo la consideración, aunque formalmente presente, puede no reflejar la realidad substancial de la situación. En este caso, una madre acordó con un hombre, que no era el padre de su hijo, que este último proporcionara manutención al niño. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Texas revocó la decisión inicial, argumentando que la consideración no reflejaba la realidad substancial, dado que, por ley, la madre tenía la custodia y la obligación de mantener al niño, y no un hombre que no era su padre. Este caso pone de relieve cómo la consideración puede ser un elemento formal que no siempre captura el verdadero valor de la transacción.

Estos casos destacan la complejidad y los matices involucrados en la evaluación de la consideración en los contratos, donde la intención, el objeto y el valor substancial del acuerdo juegan roles cruciales en determinar la validez y la justicia de las decisiones contractuales.

[1169] Barnett aborda dos teorías principales de la consideración: la "teoría del bargain de la consideración" y la "teoría de la equidad sustantiva". La teoría del trato se centra en el proceso por el cual las partes llegaron a un acuerdo, mientras que la teoría de la equidad sustantiva evalúa el contenido de la transacción para determinar si es "justa". (Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev*., pp. 282-284).

2.7. Enfoque convencionalista de la consideración

Fried, fiel a su postura convencionalista, cree recalcitrantemente que la promesa es suficiente para engendrar obligaciones, sin necesidad de recurrir a otros elementos como el beneficio o el reliance. Sin embargo, el mismo Fried cree también que esa postura no solamente promueve la libertad individual sino también el respeto a las promesas. Y es que para Fried[1170], esta mismidad autoritativa de la promesa se funda en un basamento moral que depende de sí mismo, en una lejana reminiscencia a las posturas kantianas del imperativo categórico (a diferencia del imperativo hipotético) donde una norma moral se debe cumplir porque se debe cumplir, sí o sí. (Kronman, A. 1981, p. 411-413). Y como lo dice Fried: "La fuerza moral detrás del contrato como promesa es la autonomía: las partes están vinculadas a su contrato porque han elegido estarlo" (Fried, C., 1980, p. 57).

Pero si esto fuera tan cierto, entonces parece contraproducente la postura de Fried de recurrir también al "creer" (trust) como fundamento de la promesa. Esto parece contradictorio porque el valor "creer" es concomitante con el "reliance", son instituciones similares. Y es que moralmente es inadmisible promover la creencia en promesas de la otra parte para darle libertad de quebrarlas a la otra parte en cuanto se ha confiado en tales promesas.

Y de allí vamos a la pregunta de por qué algunas promesas pasan a la categoría de "contratos" y otras promesas se quedan en promesas simplemente.

Fried, en su afán de desligar la consideración como elemento esencial del contrato cree que el efecto vinculante del contrato no radica en dicha consideración (que es un elemento superfluo) sino en la libertad con la que se brinda la promesa, la misma que no es injusta, y en la seriedad[1171] y conciencia de que el efecto legal vincula a la promesa. (Kronman, A. 1981, p 415). Con esto

[1170] Según Kronman, Fried es anti-colectivista por tres razones:
a) Fried se opone a la visión de Grant y Atiyah (quienes piensan que la teoría contractual es una forma de derecho "tort", o sea una adjudicación de resultados y efectos jurídicos a ciertos acontecimientos jurídicos, independientemente de la voluntad, algo así como la responsabilidad extracontractual). Fried piensa que la voluntad contractual es preeminente. (p. 406).
b) Las partes contractuales entran al negocio contractual de buena fe y actúan conservando el bienestar de ambos. Esta posición de Fried es criticada por Kronman (1981) en el sentido de ser tiránica, porque si las personas están obligadas a compartir sus satisfacciones e insatisfacciones con el colectivo social, entonces su libre autonomía queda reducida o minimizada. (p. 406).
c) Finalmente, aun sin estar en desacuerdo con la redistribución social de la riqueza, Fried piensa que la manipulación de la estructura contractual para alcanzar fines redistributivos, es ineficiente e inmoral (Kronman, A. (1981). *A New Champion for the Will Theory. Yale Law Journal, 91, 2,* 404-423, p. 406).

[1171] Para Navarretta, la teoría de la consideración no es esencial por varias razones. Por ejemplo, no es necesaria para la interpretación de un contrato, para verificar la legalidad de un contrato o para garantizar la seriedad de un contrato. (Navarretta, N. (2003). Las razones de la causa y el problema de los remedios. Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo. Revista de Derecho Privado, 11, p. 10).

prácticamente la decisión de si una promesa es un contrato o no, queda en las manos de las partes en sí.

Asimismo, para distinguir las promesas sociales (como por ejemplo una invitación a cenar) de las promesas vinculantes, Fried piensa en situaciones hipotéticas que funcionan no como consideraciones de autonomía o impacto social, sino como ejemplos[1172].

Es que el análisis de Fried (1981) parte de comprender que el contrato se fundamenta en la voluntad y ésta a su vez tiene su fundamento moral en la teoría de la autonomía. (pp. 1-2) Fried (1981) empieza su análisis a partir del nacimiento y el fundamento del contrato a partir de la Revolución industrial del Siglo XIX y los principios del liberalismo individualista y la economía de mercado (p.2). De allí es donde Fried (1981) percibe que a lo mejor el fundamento del contrato es la promesa, y esta promesa es autoimpuesta (pp. 2, 5) renunciando de esta manera a cualquier insinuación a la consideración o al reliance. Obviamente este principio de la autonomía como motor del contrato basada sobre la figura de la auto imposición de la voluntad, es una idea kantiana, basada en los imperativos categóricos. Kant hablaba que había cosas que una persona las hacía porque o le gustaban o porque tenía que hacerlas a pesar que no le gusten. Lo primera era un imperativo hipotético, y lo segundo era un imperativo categórico. Asimismo, este imperativo categórico estaría basado en la creencia del "trust" y el respeto que es un principio moral, porque es un concepto errado prometer algo y después quebrar esa promesa. (Fried, 1981, p. 17)

Cuando Fried (1981) habla de "reliance" (confianza) es cuando dice que el "reliance" (confianza) existe porque la promesa es vinculante, y no al contrario. (p.19). Principalmente lo que intenta hacer Fried es delimitar bien la línea entre los que asimilan los contratos a los "torts", dejando que la promesa se absorba en los principios del "orden público". Asimismo, Fried plantea que la forma de medir los daños es a través del concepto de los daños expectaticios (lucro cesante diríamos en el *civil law*), o sea lo que el aceptante espera obtener como beneficio de la promesa del promitente, pero si no se pueden medir los daños expectaticios, entonces la forma de medida sería diferente y basada solamente en el daño emergente dependiendo de la situación.

[1172] Como recordamos, Fried comenta varias críticas a la teoría de la consideración, que incluyen lo siguiente: que el concepto de obligación autoimpuesta es incoherente, que la teoría no explica por qué alguien está moralmente obligado a cumplir una promesa, que debilita la fuerza de una obligación, que es artificial y deja un vacío en el régimen general de ejecución, que no da cuenta de varios casos, que es internamente inconsistente, que no es necesaria una transacción o contraprestación para una obligación promisoria o contractual, que lleva a la equivocada equiparación de la consideración con la aceptación, que requiere un elemento adicional más allá del principio promisorio y que es demasiado vaga. Además, Fried hace referencia a algunas críticas a la regla en el caso *Foakes v. Beer* y que algunos académicos argumentan que la teoría ya no es necesaria. (Fried, C. (1981). *Contract as Promise. A theory of Contractual Obligation*. Massachusetts: Harvard University Press, pp. 5-67).

Así en el caso de *Security Stove v. American Ry. Express, Missouri Court of Appeals*[1173], el demandante, dueño de una compañía de cocinas contrata con el demandado, una compañía manufacturera de cocinas. Luego, confiando que las cocinas serían entregadas a tiempo, el demandante organiza una convención y hace mucha propaganda para poder ofertar las cocinas que el demandado debería entregarlas. Desafortunadamente, el demando no entregó ninguna de las cocinas a tiempo y la convención tuvo que cancelarse. El demandante demandó al demandado y ganó la demanda, pero solamente ganó los daños que constituían los costos de haber alquilado el lugar para la convención y gastos de transporte, pero no se calculó los daños expectaticios de lo que pudo haber ganado el demandante de haberse producido la conferencia porque era imposible de detectar con certeza el monto de lo que pudo haberse ganado. De esta forma, el "reliance" (confianza) constituyó la base para calcular los daños, en situaciones donde es imposible calcular el daño expectaticio (lucro cesante).

Es curioso ver además cómo Fried mira la resolución de conflictos a partir de su teoría de que los contratos se enancan en la autonomía y ésta es autoimpuesta, de donde su vinculatoriedad genera "reliance" (confianza).

Además, cuando Fried (1981) opina sobre los contratos y la consideración, piensa que, si bien los contratos están basados en el intercambio de promesas, no es necesario que dichas promesas sean adecuadas o proporcionales, solamente es necesario que se establezca el intercambio; y para Fried (1981), esa libertad de contratar y el concepto de la innecesaridad de la proporcionalidad, son conceptos contradictorios. (pp. 29-30).

En el caso *Hamer v. Sidway*, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891), William E. Story promete $5,000 a su sobrino William E. Story II si se abstuviese de consumir drogas, alcohol, tabaco, de jugar por dinero, o de hablar groserías hasta los 21 años. El sobrino cumplió y el tío le mandó una carta prometiendo que los $5,000 serían transferidos al sobrino. Después de 12 años no se produjo tal transferencia y el sobrino asigna su derecho al dinero a Louisa Hamer, demandante, quien va contra el albacea de la herencia del tío Franklin Sidway. La Corte opinó que no había contrato por ausencia de consideración, pero en apelación la Corte de apelaciones cambia de opinión y opina que sí hubo consideración en la abstención de una conducta permisible del sobrino.

El Juez Paker, en este caso, expuso:

[1173] *Store Mfg. Co. v. Am. Rys. Exp. Co*., 227 Mo. App. 175 (Mo. Ct. App. 1932).

> Una consideración valorable, en el sentido de la ley, puede consistir en un derecho, interés, ganancia o beneficio para una parte, o en un detrimento, pérdida o responsabilidad dada, sufrida o tomada por la otra. Las Cortes no preguntarán si la cosa que forma la consideración en efecto beneficia al aceptante o a una tercera parte, o si hay un valor sustancial para alguna. Es suficiente que algo sea prometido, hecho omitido o sufrido por la parte a quien la promesa es hecha como consideración por la promesa hecha a él. (*Hamer v. Sidway*, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891)

Esta definición sale básicamente del caso *Currie v Misa*, (1875) LR 10 Ex 153, 162. Lo que intenta hacer Williston es añadir el elemento de la negociación "bargain" a los clásicos conceptos de la consideración como beneficio para el promitente o perjuicio para el aceptante[1174]. De otro lado, la visión que se tiene de la consideración de que debe ser un beneficio al ofertante, cambia rotundamente en este caso, puesto que la Corte opina que la consideración no será medida por el beneficio al ofertante, que en este caso no existe ningún beneficio, sino en el detrimento o en la abstención de una conducta permisible del aceptante. Asimismo, el aceptante pudiera aceptar el contrato a través de su conducta simplemente, es decir mediante la abstención, y no a través de brindar una nueva promesa.

En este respecto, Fried (1981) cree encontrar una contradicción entre el concepto de contrato y el de consideración. Es decir, si los contratos están basados en la libertad, o sea en la autonomía de establecer relaciones jurídicas, entonces no habría por qué limitar esta autonomía a operaciones enancadas solamente en el intercambio negociado. Fried cree que esta limitación es encorsetante[1175] y dictatorial[1176], y corrompe el concepto mismo de la libertad de contratar. Y es que el carácter anómalo de la doctrina de la consideración ha sido ampliamente reconocido, como lo venimos observando. Una variedad de estatutos ha derogado algunas de sus manifestaciones

[1174] Barnett señala que la "teoría del trato de la consideración" surgió de la necesidad de limitar la aplicabilidad de assumpsit. (Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev.*, pp. 289-291).

[1175] En este sentido, Pollock menciona que la teoría de la consideración ha sido criticada por ser demasiado formalista y por no tener en cuenta las intenciones de las partes involucradas. (Pollock, F. (1902). Principles of contract. A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England. 7th edition. Londres: CF Roworth, pp. 28-30).

[1176] Fried estudia en detalle la teoría de la consideración, señalando que no siempre ha funcionado como un control sustantivo sobre la base moral de un trato o acuerdo. (Fried, C. (1980). The Rise and Fall of Freedom of Contract by P.S. Atiyah. *Harvard Law Review, 93,* pp. 1862-1865).

más molestosas, como la inaplicabilidad de las opciones gratuitas o las modificaciones[1177] contractuales[1178]. También ha habido propuestas para su virtual abolición. (Fried, 1981, p. 35).

Finalmente, Fried (1981) concluye que la teoría de la consideración no presta ninguna utilidad a la teoría contractual:

> Nuestra conclusión es que la doctrina de la consideración no ofrece una coherente base alternativa para la vinculatoriedad de los contratos, mientras que aún reconoce que la promesa es necesaria. Junto a esta conclusión he hecho o insinuado un conjunto de calificaciones a mi tesis.
>
> La promesa debe ser libremente hecha y no ser injusta… El movimiento en el derecho sugiere que tendremos en un futuro no muy distante un conjunto de principios para determinar qué promesas deberían ser vinculantes en términos de justicia de cada tipo. Estamos moviéndonos en esa dirección como resultado de decisiones y estatutos que prestan validez a diversos tipos de promesa cuya legitimidad ha sido puesta en duda bajo la doctrina de la consideración: opciones contractuales, ofertas firmes, compromisos de dudas, modificaciones contractuales, y los "promissory estoppels". Luego, estamos moviéndonos en esa dirección como resultado de una voluntad más abierta de estigmatizar ciertas promesas como injustas o excesivas y negar vinculatoriedad en ese campo más que en el de la insuficiente consideración. (p. 35)

Charles Fried, en su enfoque convencionalista, sostiene que la promesa por sí misma es suficiente para crear obligaciones contractuales, sin necesidad de elementos adicionales como beneficio o reliance[1179]. Fried ve en la promesa un fundamento moral autónomo, análogo a los imperativos categóricos kantianos, donde la promesa es vinculante debido a la elección autónoma de las partes. Sin embargo, Fried también considera la confianza como un aspecto esencial de la promesa, lo que parece contradictorio dado que la confianza se relaciona con el reliance. En su visión, el efecto vinculante del contrato radica en la libertad de la promesa y su seriedad, no en la

[1177] Gordley menciona que tradicionalmente, una modificación de las obligaciones contractuales existentes contaba como una nueva promesa que requería una nueva consideración, mientras que la renuncia a una condición no lo hacía. Sin embargo, con el tiempo, académicos y tribunales comenzaron a reconocer que el verdadero problema con las modificaciones era uno de equidad, y el Código Comercial Uniforme y la Segunda Restatement of Torts eventualmente dispusieron que las modificaciones fueran vinculantes sin consideración en ciertas circunstancias. (

[1178] Con respecto a las modificaciones y el rol de la consideración, Mitchell menciona que la doctrina de la consideración es "inútil" como prueba de la validez de las modificaciones en los acuerdos contractuales. (Mitchell, C. y Mitchell, P. (2008). *Landmark Case in the Law of Contract*. Oregon: Hart Publishing, pp. 64-65).

[1179] Kronman argumenta que la teoría de la consideración de Fried, que sostiene que una promesa es suficiente para fundamentar la responsabilidad incluso sin confianza o beneficio, no es convincente. Kronman sostiene que el argumento de Fried es circular y que su énfasis en la importancia de la confianza en realidad respalda una concepción de la obligación contractual basada en la confianza en la que la confianza desempeña un papel fundamental. (Kronman, A. (1981). *A New Champion for the Will Theory. Yale Law Journal*, *91, 2,* pp. 409-411).

consideración, lo que hace que la distinción entre promesas contractuales y sociales dependa de la autonomía y el impacto social.

Fried parte de la idea de que el contrato se basa en la voluntad y la autonomía, remontándose a los principios del liberalismo individualista y la economía de mercado de la Revolución industrial. Argumenta que la promesa es autoimpuesta y autónoma, renunciando a elementos como la consideración o el reliance. Además, plantea que la medición de daños en los contratos debe basarse en los daños expectaticios o en el daño emergente, dependiendo de la situación.

2.8. Teorías redistribucionistas de la consideración

En el caso *Obde v. Schlemeyer*, 56 Wash. 2d 449, 353 P. 2d 672 (1960) la Corte de Apelaciones estimó que la Corte de origen no había cometido un abuso de discreción cuando ordenó que el vendedor de una casa debió haber informado a los compradores de la misma que había termitas en la madera de dicha casa. Si bien es cierto, la Corte de Apelaciones reconoció la existencia de la doctrina "caveat emptor" (que el vendedor se dé cuenta), que consiste básicamente en que el vendedor no tiene ninguna obligación de alertar al comprador de las condiciones de la casa al momento de la transferencia; sin embargo, esta Corte mencionó que dicho principio no aplica en situaciones donde el silencio del vendedor pone en riesgo la vida o la salud del comprador. Gracias a esta interpretación, la Corte decidió que el silencio del vendedor era fraudulento. De esta manera no existió contrato, y el vendedor quedó como responsable de los daños ocasionados al comprador (que son los gastos en contratar un experto en eliminación de termitas).

Para los ojos de Fried (1981), esta decisión es correcta; sin embargo, el mismo Fried propone un nuevo ejemplo, que es aquél en el que una compañía petrolera encuentra petróleo en un terrero –como fruto de sus exploraciones- y contacta al dueño del terreno para comprarlo. El dueño del terreno es un agricultor que ignora lo que contiene el terreno. ¿En este caso, existe la obligación del comprador de decirle al dueño del terreno sobre el motivo de la compra? ¿O sea, el petróleo? (Kronman, 1981, p 419).

La pregunta es entonces por qué en un caso (Obde) el vendedor sí tiene la obligación de decirle al comprador sobre la existencia de termitas en la casa, y por qué en el caso del terreno el

comprador no tiene la obligación de decirle al vendedor sobre la existencia de petróleo. Fried contesta que en el caso de Obde, el vendedor mintió y cometió fraude al no manifestar lo que sabía, sin embargo, la misma Corte es consciente del principio "el comprador debe darse cuenta", pero invierte la figura para expresar que el vendedor tiene la obligación de informar cuando está en juego la vida o la salud[1180].

Sin embargo, en el caso de Obde es ostensible la inmersión del aparato judicial y estatal en las decisiones privadas. El principio de que el comprador debe darse cuenta (caveat emptor) es reconocido y sabido por el Tribunal de Apelaciones, sin embargo, el propio tribunal reconoce otra norma por medio de la cual el vendedor tendría la obligación de compartir información sobre la casa cuando esta información se refiera a condiciones que puedan poner en peligro la vida o la salud del potencial comprador. Con este resultado, el mensaje distribucionista es claro, sólo en casos de peligro a la salud o a la vida, el vendedor estaría compelido a compartir esa información. Pero de seguirse esa lógica, entonces también el dueño del terreno podría muy bien alegar que la falta de información de la compañía sobre la presencia de petróleo en su propiedad, generó que su salud se empeore, porque de haber sabido tal información de antemano, entonces el dueño hubiera negociado un precio más justo que condiga con su quebrantada salud, o la salud de un ser querido.

Sin embargo, en la práctica Obde no es la norma actual y el "caveat emptor" (el comprador debe darse cuenta) es el principio que rige los contratos. De otra manera, la intromisión estatal a las transacciones privadas sería grande. "Uno de los principios fundamentales del pensamiento del siglo XIX temprano era que el individuo es el único juez de lo que es mejor para sus propios intereses." (Atiyah, 1981, p. 199)[1181].

En el caso *Obde v. Schlemeyer*, la Corte de Apelaciones decidió que el vendedor de una casa tenía la obligación de informar a los compradores sobre la presencia de termitas, a pesar del principio de 'caveat emptor' (que el comprador se dé cuenta), que generalmente exime al vendedor de tal obligación. La Corte consideró que este principio no se aplica cuando el silencio del

[1180] Pound argumenta que el requisito de la consideración no es necesario para prevenir el fraude, ya que esto puede lograrse por otros medios. (Pound, R. (1922). An Introduction to the Philosophy of Law. New Haven: Yale University Press, pp. 282-283).

[1181] Al comparar el caso Obde con la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), derivada de la Culpa in Contrahendo (CIC), se observa que no es aplicable el RINP, ya que el vendedor no se retira de las negociaciones, sino que omite información crucial al momento del contrato, afectando la salud del comprador. Esto se asemeja más a un caso de misrepresentation en la responsabilidad extracontractual (torts), donde ciertas obligaciones legales son impuestas a los actores comerciales. La omisión relevante en el caso Obde podría ser abordada por la segunda vertiente de la CIC, que se relaciona con el deber de informar y es similar a la misrepresentation, como se discutió en el tercer capítulo de esta obra.

vendedor representa un riesgo para la vida o la salud del comprador, calificando el silencio del vendedor como fraudulento y responsabilizándolo por los daños causados al comprador[1182].

Charles Fried, comentando sobre este caso, considera que la decisión es correcta, pero plantea una situación hipotética donde una compañía petrolera descubre petróleo en un terreno y se pregunta si existe la misma obligación de informar al dueño del terreno sobre el petróleo al momento de comprarlo. Argumenta que en el caso Obde, el vendedor sabía y ocultó información crucial, pero en el caso hipotético del terreno, no se menciona si existe la misma obligación para el comprador. Fried parece apoyar la idea de que la obligación de revelar información sólo es aplicable en casos donde la seguridad y la salud están en riesgo, y no necesariamente en todas las transacciones[1183].

En la práctica, el principio de "caveat emptor" sigue siendo la norma en los contratos, limitando la intervención estatal en las transacciones privadas. Este enfoque está en línea con la noción del siglo XIX de que el individuo es el mejor juez de sus propios intereses[1184]. La decisión en Obde representa una excepción a esta norma, aplicable sólo en circunstancias específicas donde la salud o la vida están en peligro.

La evolución del principio de "caveat emptor" (comprador, cuidado) hacia un enfoque más equilibrado que impone un deber de informar es un tema central en el derecho del consumidor y la regulación comercial. Tradicionalmente, "caveat emptor" significaba que el comprador asumía el riesgo de calidad e idoneidad de un producto, pero con el tiempo, la legislación y la jurisprudencia han evolucionado para proteger mejor al consumidor.

Como se exploró en el capítulo III, el deber de informar se ha fortalecido en varias áreas del derecho, particularmente en leyes que protegen al consumidor y previenen el fraude o la representación errónea (misrepresentation). Esto refleja una tendencia global hacia la protección de los consumidores, donde los vendedores y proveedores de servicios tienen una responsabilidad creciente de ser transparentes y honestos sobre sus productos y servicios.

[1182] Este tipo de casos vimos en el capítulo III con respecto al deber de informar y el misrepresentation.

[1183] El deber de revelar información lo vimos en el capítulo II. Lockart menciona que la crítica principal a la teoría de la consideración parece ser que es poco práctica para las empresas, ya que las obligaría a revelar prematuramente sus estrategias comerciales. Además, algunos tribunales argumentan que el deber de revelar información sólo surge una vez que un plan ha sido realmente adoptado, no cuando está siendo seriamente considerado. (Lockhart, J. (2006). Serious Consideration Doctrine and Duty of Disclosure Concerning Potential Changes to an Employee Benefit Plan. *15 A.L.R. Fed. 2d 1*, pp. 7-8).

[1184] Kreitner recuerda que la teoría de la consideración se convirtió en el "eje alrededor del cual giraba todo el derecho de los contratos" a finales del siglo XIX. (Kreitner, R. (2001). The Gift Beyond the Grave: Revisiting the Question of Consideration. *101, CLMLR 1876, p. 1878).*

Las leyes de protección al consumidor, por ejemplo, obligan a los comerciantes a proporcionar información precisa y completa sobre lo que están vendiendo, y a menudo prohíben prácticas engañosas[1185] o fraudulentas. En el contexto del fraude y la misrepresentación, la ley exige que las declaraciones hechas sobre un producto o servicio sean verdaderas y que se divulgue cualquier información relevante que pueda influir en la decisión del comprador.

Este cambio refleja un reconocimiento de que los consumidores a menudo están en desventaja en cuanto a información y experiencia en comparación con los vendedores, y que un mercado justo y eficiente depende de la transparencia y la honestidad[1186]. En resumen, la doctrina de "caveat emptor" ha cedido lugar a un entendimiento más equilibrado de las transacciones comerciales, donde la responsabilidad de informar y actuar de manera justa recae más equitativamente en ambas partes de una transacción.

3.. Críticas a la teoría de la consideración

3.1. Críticas a la teoría de la reciprocidad entre la consideración y la promesa

Holmes y Williston, como lo vimos, promovieron la teoría de la inducción convencional recíproca entre consideración y promesa, con el fin de avalar su visión de encontrar principios contractuales objetivos y predecibles. Sin embargo, hubo detractores de Holmes y Williston.

Podemos ver un ataque a la teoría de la consideración en la postura del Juez Cardozo, en el caso de la subscripción por caridad, *Allegheny College v. Natl. Chautauqua County Bank*, 220 App. Div. 805 (N.Y. App. Div. 1927), donde un fondo se iba a formar para mantener el nombre del

[1185] Stoljar plantea que la teoría de la consideración es "inelegante" y "engañoso", y que incurre en una petición de principio al no explicar la base para implicar una promesa subsidiaria. (Stoljar, S. (1955). The False Distinction Between Bilateral and Unilateral Contracts. *64 Yale L.J.,* pp. 515 y ss.).

[1186] Para Liebman y Nathan la teoría de la consideración es una herramienta poco confiable para resolver la exigibilidad de acuerdos posteriores a la reflexión. Se señala que diferentes jurisdicciones estatales están divididas en la cuestión y que otros principios como la equidad y la eficiencia del mercado a menudo son las verdaderas fuerzas impulsoras detrás de las decisiones judiciales. (Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev. 1465*, p. 1574).

donante. En vez de basar su análisis en la teoría de la "promesa vinculante"[1187], desafió[1188] la teoría unificada de la consideración recíproca de Holmes y Williston, diciendo: "Las mitad-verdades de una generación tienden a veces a perpetuarse ellas mismas en la ley como verdades completas de otra generación, cuando la constante repetición atrae tales calificaciones, tomadas una vez por aceptadas, desatendidas u olvidadas."[1189]

Cardozo entonces se apartó en este caso de las consideraciones de Holmes del intercambio negociado[1190]. En cuanto a la institución de caridad, Cardozo consideró que existió consideración en la obligación que asumió la caridad de perpetuar el nombre del donante al momento de aceptar un 20% de la donación. Y en cuanto al donante, también encontró consideración en cuanto a que el donante tuvo un motivo egoísta y personal cual es la preservación de su nombre. Este último aspecto de la consideración es lindante con los caracteres subjetivos y morales de la consideración[1191].

Irónicamente Holmes, el defensor de la teoría del intercambio negociado y el intercambio entre la promesa y la consideración, reconoció que el intercambio no era la única base de la accionabilidad, antes de que él dejara la Corte Suprema de Massachusetts, en el caso *Martin v. Meles*, donde manifestó con referencia al factor de la confianza o dependencia, que "las cortes han avanzado a grandes niveles en descubrir la implicación de tal equivalencia, a veces tal vez

[1187] Además, Eisgruber, estudiando el tema de las "medias verdades" que plantea Cardozo al referirse a la doctrina de la consideración, reproduce la crítica principal que parece ser que la "doctrina clásica" de la consideración es sólo una "media verdad" que requiere aclaraciones adicionales para ser precisa. Cardozo argumenta que la "verdad completa" debe tener en cuenta los diversos precedentes que entran en conflicto con la doctrina clásica. (Eisgruber, C. (2000). Teaching Law Through Contracts and Cardozo. *44 St. Louis U. L.J.,* pp. 1528-1530).

[1188] Con respecto a este tema, Bridgeman estudió este caso y concluyó la jurisprudencia de Cardozo no es tan radical como algunos han afirmado, analizando cómo el enfoque de Cardozo sobre el derecho contractual es "conceptual pero pragmático". (Bridgeman, C. (2005). Allegheny College Revisited: Cardozo, Consideration, And Formalism in Context. *39 U.C. Davis L. Rev. 149,* pp. 180-181).

[1189] *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua County Bank of Jamestown*, 159 N.E. 173, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927)

[1190] Bridgeman considera que la "doctrina clásica" de la consideración ha sido "borrada" y "sometida a una expansión" por la doctrina del estoppel promisorio, y que algunos críticos argumentan que Cardozo ha hecho que el término "consideración" sea "sin sentido". (Bridgeman, C. (2005). Allegheny College Revisited: Cardozo, Consideration, And Formalism in Context. *39 U.C. Davis L. Rev. 149,* p. 182).

[1191] Bridgeman recuerda: "Hasta este punto, la discusión de Cardozo no es muy desconcertante. Ha argumentado que la doctrina clásica de la consideración no es la prueba de beneficio/detrimento como se establece en Hamer, sino más bien la teoría negociada de la consideración respaldada por Holmes, Langdell y Williston. Sin embargo, argumenta que la doctrina del estoppel promisorio ha calificado esta prueba más estricta en cierta medida, al menos en casos de suscripciones caritativas, de tal manera que la confianza razonable puede ser suficiente en algunos casos incluso si esa confianza no es negociada por el promitente." (Bridgeman, C. (2005). Allegheny College Revisited: Cardozo, Consideration, And Formalism in Context. *39 U.C. Davis L. Rev. 149,* p. 156).

habiéndolo encontrado en asunto que podrían parecer ser no más que condiciones o consecuencias naturales de la promesa.[1192]

Por su parte Henry (1917) explica sobre el origen de los contratos formales anglo-sajones y cómo se adaptaron del contrato procedimental a fines comerciales (pp. 677-678). Explica que el contrato procedimental surgió como una forma de negociación entre familias para resolver problemas a nivel local y que, si no se llegaba a un acuerdo, el asunto era resuelto por la asamblea local en audiencia. Posteriormente, este tipo de contrato fue modificado para adaptarse a fines comerciales y se introdujo la entrega-promesa, en la que el deudor se comprometía a pagar sin necesidad de garantes presentes. Además, se describe cómo la estaca, que solía utilizarse en la ceremonia de la entrega de la estaca, perdió importancia con el tiempo y cómo el contrato de garantía se desarrolló en contratos comerciales. Henry también explica la doctrina del *quid pro quo* y cómo esta se desarrolló en un tiempo posterior para incluir contratos verbales (pp. 677-678).

El contrato de garantía, ejecutado e incluido en la ceremonia de la entrega de la estaca, fue usado en Anglosajonia desde el año 601 D.C. hasta el año 1,314 D.C. Por siete siglos, antes del año 1,314 D.C., los garantes se obligaban por sus promesas orales (Henry. 1917, pp. 677-678).[1193]

[1192] *Martin v. Meles*, 60 N.E. 397, 398, 179 Mass. 114 (Mass. 1901)

[1193] Henry (1917) explica: El garante no recibía beneficio del aceptante, pero este último había sufrido un detrimento confiando en la promesa del garante, o bajo el requerimiento del garante. En el caso de la garantía en contratos para fines comerciales, el acreedor proporcionaba la propiedad a cambio de la promesa de los garantes de pagar. Este proceso estaba acompañado en un inicio de la ceremonia de la entrega de la estaca, pero con el paso del tiempo, la promesa oral de los garantes sin la entrega de la estaca cobró presencia.

Asimismo, la "entrega-promesa" en el que el deudor se comprometía, la parte que recibía los bienes quedaba obligada, se desarrolló probablemente cerca del año 900, apunta Henry. En el tiempo de Enrique II y Eduardo I alcanzó gran desarrollo, hasta el año 1,314, con más de 400 años de historia. En este tipo de contratos de "entrega-promesa", la sustancia de la transacción era que el promitente u ofertante había recibido un beneficio por su promesa.

Pero la doctrina del quid pro quo, había sido formulada antes del año 1,314 para incluir contratos verbales, pero con otra connotación. El aceptante de la promesa debe haber dado algo por la promesa recibida, y entonces ello compaginaría con la moderna definición de consideración. Sin embargo, ese no fue el caso, porque la doctrina de la consideración se desarrolló en un tiempo posterior, cuando los casos de garantía oral ya no se presentaban en las cortes, y en donde el beneficio era visto en mayor proporción que el detrimento.

En un tiempo posterior, las Cortes concibieron el quid pro quo en la deuda como un beneficio conferido al deudor. Por eso el quid pro quo no se basó en el detrimento sufrido por el aceptante. La identificación del quid pro quo y la consideración no se produjo totalmente, explica Henry (1917), contrario al pensamiento de Holmes. Mientras que esta identificación estaba errada, tanto la teoría del quid pro quo como la definición de la consideración estuvieron erradas (Henry, R. L. (1917). Consideration In Contracts. *Yale Law Journal*, *26*, 664-698, p. 677).

Sin embargo, antes del año 1,314, en cada caso de deudas, el deudor demandado había recibido un beneficio, o el aceptante había sufrido un detrimento a requerimiento del promitente asegurador, lo cual se acerca a la definición de la consideración dada por las Cortes modernas. Después del año 1314, por el reinado de Eduardo II, para Holmes la garantía oral cesó de ser accionable, y los escritos pasaron a ser requeridos para las garantías. Sin embargo, hechos revelan lo contrario. Por ejemplo, en el año 1360, un caso fue resuelto en el sentido de que la promesa oral era válida siempre y cuando existiera detrimento por parte del acreedor (Henry, R. L. (1917). Consideration In Contracts. *Yale Law Journal*, *26*, 664-698, pp. 683, 684-685).

Era claro que los casos de garantía oral eran accionables durante el siglo XIV y XV, por ejemplo, un caso de 1459 reza así: en caso de prometer 100 chelines a un médico cirujano por curar a un enfermo, el médico tendrá acción en contra del promitente deudor, aunque el beneficio se haya brindado a un tercero enfermo. Por esta época los contratos de entrega originaban acciones donde el

Con la práctica el deudor también pasó a ser responsable directo, conjuntamente con el garante oral, si ambos el garante y el deudor recibían conjuntamente los bienes y se comprometían con el acreedor. En el tiempo de Eduardo III (1312 –1377) el contrato escrito se convirtió en común. Asimismo, el uso de sellos y escritos contribuyó al reemplazo de la ceremonia de la estaca. Si la transacción era de tanta importancia que requería la presencia de alguna garantía, entonces la promesa era hecha bajo sello. Las ventajas eran grandes: Primero, cuando la prueba de la deuda era hecha por medios orales, existían defensas del deudor bajo juramento en la que éste juramentaba junto a dos testigos que lo manifestado era cierto. Segundo, un escrito es más fácil de probar. La ceremonia de la estaca tenía que probarse a través de un testigo. Tercero, si la estaca era usada, entonces el garante quedaba obligado y no el deudor. Cuarto, en el contrato bajo sello, las partes quedaban obligadas conjuntamente, a no ser que se haya usado el contrato de entrega. Henry (1917, pp. 687-688)

El contrato de garantía a través de la ceremonia de la estaca, desaparece; es así que procesos judiciales donde sólo el garante es demandado, desaparece entre los años 1314 y 1520. Precisamente el cambio que se produjo no obedeció a un cambio de las leyes, pero sí a un cambio de los usos. Entonces durante el tiempo de Eduardo III (1312 –1377) y Enrique VI (1421-1471) el contrato de garantía se mezcló con el contrato escrito bajo sello, y luego con el contrato de entrega (o contrato real). Durante todo este tiempo las cortes siguieron pensando en el "detrimento" del negocio, cuando se referían a la consideración, nos narra Henry (1917, p. 688-89)

De ambos extremos, en los casos del beneficio, el caso podría verse de otra forma, desde el punto de vista de lo que el aceptante de la promesa ha hecho. La noción actual de consideración como un detrimento al aceptante, es más simple y más científica, porque anuncia el principio básico y fundamental de la consideración, cual es que una promesa no puede ser ejecutable a menos que el aceptante haya hecho o dado algo por ella.

Por su parte Dalton (1985) considera que la consideración es una doctrina estrecha que refleja la determinación del sistema legal para definir y controlar una clase de acuerdos vinculantes. Ha sido llamada la rueda del balance de la gran maquinaria, y ha sido catalogada con

deudor no resultaba el principal obligado, pero sí el garante oral, puesto que este último prometió pagar al acreedor por el beneficio obtenido por el deudor (Henry, R. L. (1917). Consideration in Contracts. *Yale Law Journal, 26,* 664-698, pp. 677 y ss).

la oferta y la aceptación (*offer and acceptance*) como parte de la indivisible trinidad de doctrinas para organizar el contrato legal (p. 1068).

El *promissory estoppel*, como lo apunta Epstein (1982), es caracterizado, por otra parte, por sus defensores como un reconocimiento bienvenido, aunque tardío para mitigar la dureza indebida y la tecnicidad y deficiencias que la consideración impone en el *common law*. (p. 1745)

La teoría de la consideración no es una doctrina exclusiva ni inclusiva. Promesas sin consideración pueden ser ejecutables para proteger una razonable dependencia (*reliance*), y promesas con consideración pueden ser revisadas y denegadas cuando colisionan con normas sociales. (Feinman, J. y Feldman, M. 1985, p. 905.) En cuanto a distinguir cuándo una promesa está vinculada a la consideración, el examen de la consideración será el de la presencia de la reciprocidad convencional inductora, es decir lo mismo que los doctrinarios clásicos de la causa llamaban a la causa en los contratos sinalagmáticos (el *quip pro quo*)[1194].

Para Engelskirchen (1997) el *promissory estoppel* está basado en la promesa y no en el detrimento, de donde la responsabilidad se derivaría de la promesa y no del detrimento (p. 564.) Sin embargo, pensamos nosotros, tanto la promesa como el detrimento son elementos importantes en la teoría de la consideración. De esta forma, la base del *promissory estoppel* no es encontrado en la teoría del intercambio (que es la base de la teoría de la consideración) sino en la equidad.

3.2. Críticas a los orígenes de la consideración: un error de interpretación de una norma de orden público

Para entender claramente cómo la teoría de la consideración evolucionó a causa de un error de interpretación jurisprudencial es necesario revisar el caso *Stilk v. Myrick*[1195]. Este caso trata de un contrato de transporte de carga de artículos de Londres al Báltico y luego a Londres. Los marineros debían recibir un pago de 5 libras al mes, y la principal pregunta era si los marineros deberían recibir una compensación extra en caso que algunos marineros hubieran desertado en

[1194] En este sentido, Bridgeman considera que la doctrina de la consideración era una de las "barreras para la ejecución de promesas incumplidas" durante el período del derecho contractual "clásico". (Bridgeman, C. (2008). Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy: Positivism, Formalism, And the Specification of Rules in Contract Law. *29 Cardozo L. Rev. 1443, pp. 1143-1444).*

[1195] *Stilk v. Myrick,* Court of Common pleas, 2 Camp. 317 (1809).

pleno viaje, y el capitán prometiera a los marineros restantes un pago extra para hacer el trabajo que los desertores ya no desempeñarían. Esta pregunta es interesante analizar puesto que, por orden público, los marineros restantes y el capitán estaban obligados a realizar el trabajo que los desertores no realizarían, sin necesidad de una compensación extra a los marineros restantes (Gilmore, 1974, p. 24-30).

En el caso de *Stilk*, la Corte de Pleas Comunes de Inglaterra consideró la cuestión de si un capitán de un barco estaba obligado a pagar salarios adicionales a los miembros de la tripulación restantes cuando dos miembros de la tripulación desertaron durante un viaje[1196].

En este caso, el demandado, Myrick, era el capitán de un barco que viajaba desde Londres hasta el Mar Báltico. Durante el viaje, dos miembros de la tripulación desertaron del barco, dejando a la tripulación restante en una situación de falta de personal. El demandante, Stilk, era uno de los miembros de la tripulación restante y afirmó que tenía derecho a salarios adicionales como compensación por el trabajo extra que tuvo que realizar debido a las deserciones.

Sin embargo, la corte falló a favor de Myrick y sostuvo que Stilk no tenía derecho a salarios adicionales. La corte argumentó que la promesa del capitán de pagar salarios extra no era vinculante porque los miembros de la tripulación ya tenían el deber preexistente de realizar sus deberes y completar el viaje según lo acordado. La corte también señaló que era una situación común en los contratos marítimos que los miembros de la tripulación desertaran durante un viaje, y por lo tanto, el capitán no debería ser responsable de pagar salarios adicionales en tales circunstancias.

En efecto, en el caso *Stilk*, en el transcurso del viaje, dos marineros desertaron y el capitán había buscado infructuosamente un reemplazo en el puerto de Cronstadt, en donde el capitán entra en un acuerdo con la tripulación para dividir el salario de los desertores entre el resto de la tripulación si no pudiera conseguir otras manos en Gottenburgh. El caso relate que el capitán no consiguió otros marineros que suplanten a los desertores.

[1196] Según Mc Kendrick, la crítica principal a la teoría de la consideración es que no toma en cuenta el beneficio o detrimento factual para las partes involucradas, enfocándose en cambio en el beneficio o detrimento legal. Esta crítica es particularmente relevante en casos como *Stilk v. Myrick*, donde el capitán del barco claramente se benefició de la promesa del marinero de trabajar en el barco de regreso a casa, pero el tribunal dictaminó que no se había proporcionado consideración. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, p. 127).

El demandado Myrick insistía en que este acuerdo era inválido y contrario al Orden Público. En viajes a la India Occidental, era la política de los viajes que, en caso de muerte o deserción de algún tripulante, la tripulación restante estaba obligada a sortear estas dificultades y lograr el viaje sin ningún cobro adicional, de lo contrario exorbitantes demandas crecerían a consecuencia de tales eventualidades (Gilmore, 1974, p. 24-29). Esta política está basada en el caso *Harris v. Watson*[1197], donde el juez Lord Kenyon opinaba que en el caso contrario de acceder a pagar un salario extra a la tripulación restante equivaldría a obligar a los capitanes a acceder a pagos adicionales bajo el riesgo que el barco se hunda.

En efecto, en *Harris*, un caso de 1791, el juez Lord Kenyon dispuso que el demandante Harris no tenía derecho a demandar una compensación adicional (cinco guineas por encima de su compensación adicional) en situaciones donde el barco Alexander (en un viaje a Lisboa) necesitara de un trabajo adicional durante el viaje por parte de los marineros, con el fin de disuadir a que los marineros actúen oportunistamente y evitar que la navegación se afecte. Esta era la política de orden público prevalente.

A este respecto Kraus (2008) parafrasea a Lord Ellenborough (del caso *Stilk*) que cita a Lord Kenyon (del caso *Harris*) expresando: "Pienso que *Harris v. Watson* fue correctamente decidido; pero dudo si el orden público, bajo el cual Lord Kenyon se dice que se basó, sea el principio verdadero en el cual la decisión sea basada. Aquí, yo digo, el acuerdo es nulo por ausencia de consideración." (p. 158).

Sin embargo, si bien es cierto ésta era la política de Orden Público en los casos de viajes de ultramar (política que –como repetimos- enuncia que si existen marineros desertores en un viaje marítimo, los otros marineros tendría que realizar el trabajo de los desertores sin necesidad de nueva compensación), el Juez Lord Ellenborough en el caso de *Silk* da un giro inesperado y opina que el acuerdo entre el capitán y la tripulación restante (acuerdo por el cual el capitán debía compensar a los marineros para desempeñar el trabajo de los desertores) era nulo por carecer de consideración, porque cuando los marineros emprendieron el viaje desde Londres lo hicieron con la condición que tendrían que tomar todas las medidas del caso que tuvieran a su disposición en situaciones de emergencia del viaje (y la deserción de los dos marineros era un caso de

[1197] *Harris v. Watson,* Peak. Cas. 72. (1816).

emergencia). Lord Ellenborough opinó que, si el Capitán hubiera sido el que hubiera despedido a ese par de marineros, entonces el caso sería diferente, pero en Stilk los dos marineros desertaron de *motu propio*. Entonces Lord Ellenborough consideró que la deserción de ambos marineros era comparable a un caso de emergencia y por lo tanto sujeto a consideración nueva.

Por su parte, Gilmore (1974, p. 28) manifiesta que existen dos versiones de *Stilk*. Es necesario aclarar que *Stilk* es un caso de 1809, donde hubo una controversia. Hubo dos versiones del caso, uno reportado por Espinasse (que se inclinaba por el Orden Público), y otro reportado por Campbell (que se inclinaba por la teoría de la consideración) (Gilmore. 1974, pp. 28-29)[1198].

Para el reportaje Espinasse, *Stilk* estaba basado en la teoría de la coacción económica o "lesión", y por lo tanto el acuerdo era nulo por cuanto el orden público disponía que el capitán no podría estar sujeto a coerción económica en situaciones donde una emergencia surgía (la deserción de dos marineros) y los marineros restantes tendrían que cubrir esos puestos. Sin embargo, en el reporte Campbell, Stilk está basado en la teoría de la consideración, pero aun así llega al mismo resultado de anular el acuerdo de Constandt por ausencia de consideración. En uno u otro caso el resultado es el mismo[1199]. Resultaría entonces insulsa –bajo el reporte Campbell- toda alusión a una presunta ausencia de consideración para invalidar un contrato que de por sí quedó invalidado por el Orden Público y la política naviera.

Sin embargo, estamos en un campo minado, porque en el caso de *Stilk*, la tripulación no demandó un pago adicional cuando los desertores escaparon, fue el capitán quien prometió pagarles extra a cambio de que la tripulación trabajara más fuerte para cubrir el vacío que represento la mano de obra ausente (la de los desertores), lo que no equivaldría a un beneficio adicional al capitán por cuanto por política naviera el resto de la tripulación tenía la obligación desde el principio de responder a eventualidades como la deserción de un par de marineros.

Este caso de *Stilk*, de acuerdo al reporte Campbell, fue incorrectamente decidido (si es que se basara en la teoría de la ausencia de consideración), porque cuando la tripulación debe trabajar

[1198] Bowers menciona que está de acuerdo con la evaluación de Gilmore de que la doctrina de la consideración está "mordiendo el polvo". (Bowers, J. (2005). Poke Your Nose into Your Clients' Businesses (If You Want to Understand Their Contracts). *57 Me. L. Rev. 39*, p. 39).

[1199] Y esto es lo que veníamos analizando, que la teoría de la causa –en este caso la de la consideración- llega a resultados que son asequibles a través de otros métodos.

más y realizar un esfuerzo mayor para reemplazar el trabajo que los desertores entonces constituiría un detrimento que debiera ser compensado (de acuerdo a Campbell) y por lo tanto existiría una consideración nueva porque existiría un beneficio adicional al Capitán (la paz mental y tranquilidad de que el barco llegue sano y salvo a puerto). Entonces si fuera por la teoría de la consideración (de acuerdo a Campbell), sí habría un perjuicio para la tripulación y un beneficio para el capitán que ve que el barco no se hundiría y llegara a su puerto de destino sano y salvo.

La decisión en *Stilk* ha sido influyente en el desarrollo del derecho contractual, particularmente en el área del desempeño de deberes preexistentes. El caso estableció el principio de que una promesa de cumplir un deber existente no es una consideración válida para una nueva promesa, a menos que se confiera algún beneficio o detrimento adicional sobre el promisor[1200].

Otro ejemplo de cómo los objetivistas –como Holmes- trataron de inocular la teoría de la consideración en casos donde la teoría subjetivista del "meeting of the minds" (acuerdo de voluntades) campeaba, es el caso *Dickinson v. Dodds*[1201].

En este caso, el demandante, Dickinson, afirmó que había un contrato vinculante entre él y el demandado, Dodds, para la venta de una propiedad en Darlington. Según la versión del demandante, Dodds había acordado mantener la oferta abierta hasta el viernes a las 9 a.m. del día siguiente.

Sin embargo, antes de que se aceptara la oferta, Dodds vendió la propiedad a un tercero, lo que llevó al demandante a presentar una demanda en la que alegó que había un contrato válido entre las partes.

El tribunal consideró que no había habido una aceptación válida de la oferta de Dickinson, ya que Dodds había revocado la oferta antes de que se aceptara. El tribunal también afirmó que era suficiente que el demandante fuera informado de la revocación de la oferta por una fuente confiable y que no era necesario que la información llegara directamente del demandado[1202].

[1200] Mc Kendrick aborda varios casos que han moldeado el desarrollo de la consideración. Comienza con la regla de *Stilk v Myrick*, la cual establece que el cumplimiento de un deber contractual existente no constituye consideración. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, pp. 134-138).

[1201] *Dickinson v. Dodds*, Court of Appeal, 1875-76 LR. 2 Ch. D. 463.

[1202] Este caso es importante porque establece el principio de que una oferta no puede ser aceptada una vez que ha sido revocada, y que la revocación puede ser comunicada a través de una fuente confiable en lugar de directamente del oferente. Además, el caso destaca la importancia de la comunicación clara y efectiva en la formación de un contrato.

El caso es que el ofertante Dodds prometió un miércoles vender a Dickinson cierto pedazo de terreno a Dickinson, pero antes de llegar el viernes Dodds vendió el terreno a otra parte, pero dicha venta era conocida por Dickinson, quien a sabiendas de las nuevas operaciones de Dodds se apura en aceptar la oferta original el día viernes cuando el terreno ya se vendió a un nuevo comprador. Este caso fue tratado bajo el lineamiento de la intención y el acuerdo de voluntades, sin embargo, Holmes y los objetivistas pretendieron encontrar en la consideración el basamento teórico para expresar que el ofertante puede revocar su oferta en cualquier momento antes de que fuera aceptada, a menos que exista alguna "consideración" que le haga irrevocable su oferta antes de la aceptación.

Para Gilmore (1974), citando la opinión de Lord Justice Mellish, la Corte se inclinó por Dodds solamente porque la mente de Dickinson no pudo haber coincidido con la mente de Dodds después que Dodds vendiera el terreno a Allan (p. 31). Sin embargo, Williston citó el caso de Dickinson como el caso-bandera de la sección 55 de su tratado de contratos, que decía que las ofertas, a menos que fueran selladas o dadas por consideración, podrían ser revocadas a cualquier momento antes de la creación del contrato por aceptación (Kraus, 2008, p. 172).

Gilmore (1974) piensa que Williston torció la idea en Dickinson: "Los Holmenianos, describiéndose como objetivistas, no tienen nada sino escarnio por la teoría subjetiva o la 'reunión de las mentes', y en cambio el caso fue presentado como un caso donde la oferta para ser irrevocable debería haber recibido consideración para asegurar la irrevocabilidad" (p. 32).

Finalmente, otro caso que no fue decidido pensando en la teoría de la consideración, fue más tarde abrazado por los objetivistas dentro de los trebejos de la teoría de la consideración. Es el caso de *Foakes v. Beer*[1203], en el cual el acreedor no estaba conminado a aceptar el pago parcial de un deudor que tiene la intención de satisfacer la deuda total. Dicho caso estaba basado en la política delineada por un caso anterior Pinnel[1204] (donde el pago de una deuda a través de una

[1203] *Foakes v. Beer*, 9 App. Cas. 605 (1884).

[1204] Pinnel's Case, 5 Co. Rep. 117a, 77 Eng. Rep. 237 (K.B. 1602). El caso Pinnel es un caso importante en la ley de contratos comunes de Inglaterra y Gales. En este caso se discutió la cuestión de si el pago de una deuda a través de una suma inferior a la cantidad total acordada, pero aceptada por el acreedor, liberaba al deudor de su obligación de pagar la cantidad restante. En este caso, el acreedor, Pinnel, había aceptado una suma menor a la deuda total que le debía el deudor, Cole. Sin embargo, después de que Pinnel recibió el pago, posteriormente demandó a Cole por el resto de la cantidad adeudada. El tribunal decidió que la aceptación de una cantidad inferior a la suma total adeudada no liberaba a Cole de su obligación de pagar la cantidad restante. El tribunal también sostuvo que, a menos que hubiera una consideración adicional, un acuerdo para aceptar menos de lo que se debe no es un acuerdo válido y no es exigible.

cantidad menor a la suma total adeudada no constituye una consideración adicional y, por lo tanto, no exime al deudor de su obligación de pagar el resto de la cantidad adeudada); sin embargo, los objetivistas lo repensaron bajo la férula de la teoría de la consideración para expresar que un pago parcial no podía aceptarse como pago total por ausencia de consideración.

En este sentido, el caso *Foakes*[1205] trata de un caso en el que se discutió la cuestión de si un deudor podía ser obligado a pagar intereses adicionales en una deuda que ya había sido satisfecha. La demandante, la Sra. Beer, había prestado dinero al Sr. Foakes, quien había pagado la deuda principal, pero no los intereses adicionales que se habían acordado. La Sra. Beer argumentó que el Sr. Foakes aún le debía los intereses adicionales y presentó una demanda para recuperarlos.

El tribunal inicial dictaminó a favor de la Sra. Beer y ordenó al Sr. Foakes que pagara los intereses adicionales, pero la decisión fue apelada y finalmente llegó a la Cámara de los Lores. La Cámara de los Lores sostuvo que el Sr. Foakes no estaba obligado a pagar los intereses adicionales ya que no había habido ninguna consideración nueva o adicional por parte de la Sra. Beer. El tribunal afirmó que el pago de la deuda principal no constituía una nueva consideración y, por lo tanto, el Sr. Foakes no estaba obligado a pagar intereses adicionales.

Este caso es importante porque establece el principio de que el pago de una deuda existente no constituye una nueva consideración para obligar al deudor a pagar intereses adicionales. Además, este caso también destaca la importancia de tener acuerdos claros y completos en la formación y ejecución de los contratos.

De modo que la teoría de la consideración fue una creación abstracta y doctrinal y no fruto del avance jurisprudencial. Respondió más a los mandatos de la abstracción academicista (de los objetivistas) y no a los mandatos de la realidad.

El caso Pinnel es importante porque establece el principio de que el pago de una deuda a través de una cantidad menor a la suma total adeudada no constituye una consideración adicional y, por lo tanto, no exime al deudor de su obligación de pagar el resto de la cantidad adeudada. Este principio se conoce como la regla de Pinnel, que ha sido objeto de crítica y debate a lo largo de los años.

[1205] Mc Kendrick también examina la regla de *Foakes v Beer,* que establece que una promesa de aceptar un pago parcial de una deuda en perdón de toda la deuda no está respaldada por consideración. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, pp. 136 y ss.).

Y posteriormente la teoría de la consideración se desenvuelve de la misma forma en la que había nacido, recurriendo a casos en los cuales la decisión no tenía nada que ver con la consideración. Es el caso de *Raffles v. Wichelhaus*[1206]. El caso trata que el vendedor promete enviar una carga de algodón de Bombay a Londres en el barco *Peerless*. Sin embargo, el comprador pensó que el envío se haría en el Peerless del mes de octubre, pero la carga llegó en el *Peerless* del mes de diciembre. La razón por la cual el comprador reclamaba era porque el valor del producto bajó de precio en el mes de diciembre, a comparación del valor del producto cuando se suponía –según el comprador- que el producto sería entregado (octubre).

Este caso, también conocido como el "caso de los dos barcos Peerless" fue un caso de derecho de contratos que se decidió en Inglaterra en 1864. En este caso, el demandante, Raffles, acordó vender al acusado, Wichelhaus, un cargamento de algodón que iba a ser entregado en un barco llamado "Peerless". Sin embargo, había dos barcos llamados "Peerless" que hacían viajes de Liverpool a Bombay en diferentes momentos, uno en octubre y otro en diciembre. El contrato no especificaba en qué barco se haría la entrega del algodón.

El algodón fue entregado en el barco Peerless que partió en octubre, pero Wichelhaus no lo aceptó, argumentando que había entendido que el algodón sería entregado en el barco Peerless que partía en diciembre. El caso fue a los tribunales para determinar cuál de los dos barcos Peerless se había acordado en el contrato.

La cuestión central en este caso fue la interpretación del contrato y si se había formado un acuerdo válido. La corte decidió que el contrato era ambiguo ya que no especificaba cuál de los dos barcos Peerless se utilizaría para la entrega del algodón, y por lo tanto el contrato era nulo. La decisión en este caso estableció el principio de que, para que un contrato sea válido, es necesario que ambas partes estén de acuerdo sobre los términos específicos del contrato.

El caso claramente asume que no se produjo ningún "*meeting of the minds*" o un acuerdo de voluntades, porque ambas partes pensaron en situaciones y escenarios diferentes, y este malentendido motivaría a la rescisión del contrato por error mutuo esencial[1207]. El juez escuchó

[1206] *Raffles v. Wichelhaus*, 2 H & C, 906, 159. Eng. Rep. 375 (Ct. Of Exchequer, 1864).
[1207] Ricks discute algunas críticas potenciales a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que la teoría no tiene en cuenta los casos de error mutuo, donde ambas partes desconocen un error. (Ricks, V. (1998). American Mutual Mistake: Half-Civilian Mongrel, Consideration Reincarnate. *58 La. L. Rev.*, pp. 663 y ss.)

los argumentos de la defensa e inmediatamente brindó la decisión de que no hubo contrato porque obviamente las partes no se pusieron de acuerdo con respecto al objeto, no hubo consenso "ad ídem" (acuerdo sobre la misma cosa). Sin embargo, los objetivistas con Holmes a la cabeza re-interpretan este contrato y manifiestan que el error no fue en lo que se suponía que las partes querían, sino en lo que las partes dijeron. En realidad, es inmaterial el nombre del barco, lo importante es que si el barco debería haber arribado en octubre o en diciembre. De esta manera la corte decidió que no hubo un "*meeting of the minds*" y por lo tanto el acuerdo quedo invalidado. Gilmore (1974), sarcásticamente, se burló del análisis de Holmes: "El mago que podría objetivar *Raffles v. Wichelhaus*… podría, bajo necesidad, objetivar todo" (p. 45).

Es preciso también aclarar que otros casos donde la obligación civil fue planteada en términos absolutos, no tenían nada que ver con la teoría de la consideración. Es el caso de *Paradine v. Jane*[1208], a través del cual el arrendatario no pagó renta por tres años porque el terreno alquilado estaba siendo ocupado por el Príncipe Ruperto de Alemania. El caso *Paradine* fue un caso importante en la ley de contratos en Inglaterra, que se decidió en el Tribunal del Rey (King's Bench) en 1647. En este caso, el demandante, Paradine, había arrendado una finca a la demandada, Jane, con la obligación de pagar una renta anual. Sin embargo, la finca fue ocupada por fuerzas enemigas durante la Guerra Civil Inglesa y Jane no pudo cumplir con su obligación de pagar la renta. Paradine inició una demanda por incumplimiento de contrato.

La cuestión clave en el caso era si la obligación de Jane de pagar la renta continuaba vigente, incluso en el caso de que la finca estuviera ocupada por fuerzas enemigas, lo que hacía imposible el cumplimiento de la obligación. Paradine sostenía que Jane debía cumplir con su obligación, independientemente de las circunstancias.

El tribunal decidió a favor de Paradine, sosteniendo que la obligación de Jane de pagar la renta era absoluta y no estaba sujeta a excepciones, incluso si la finca estaba temporalmente ocupada por fuerzas enemigas. El tribunal afirmó que el arrendador tenía derecho a la renta como un derecho absoluto, sin importar las circunstancias.

[1208] *Paradine v. Jane*, 26, 82 Eng. Rep. 897 (K.B. 1647).

Esta decisión estableció el principio legal de que un contrato es una obligación absoluta, y que las partes deben cumplir con los términos del contrato, incluso si surgen circunstancias imprevistas que hacen que el cumplimiento sea difícil o imposible. Este caso ha sido citado como un precedente importante en la ley de contratos en Inglaterra y en otros países de derecho común[1209].

Estos casos ilustran que la consideración nació como fruto de un error de interpretación de los casos ingleses que estaban basados en una política de orden público. También comprendemos que la teoría objetivista trato de objetivar la consideración como doctrina de los contratos en casos donde los jueces resolvían problemas jurídicos a través de la teoría del error, de la voluntad o de la imposibilidad del objeto.

3.3. Crítica a la consideración frente a los modelos contractuales

La discusión presentada sobre la doctrina de la consideración en el common law y las críticas de Lightsey (1984) a la teoría contractual basada en la promesa proporcionan una visión detallada y crítica de los fundamentos del derecho contractual[1210]. Lightsey argumenta que el modelo de la promesa es insuficiente[1211] para abordar las complejidades de los contratos modernos y propone un enfoque basado en el intercambio[1212]. Sin embargo, también señala limitaciones[1213] en este modelo, sugiriendo la necesidad de un enfoque híbrido que combine elementos de ambos

[1209] Para Leibman y Nathan, la crítica principal a la teoría de la consideración parece ser que es difícil determinar cuándo se forma un contrato y que el requisito de una nueva consideración para modificar un contrato existente se debe principalmente al temor de los tribunales a las modificaciones coercitivas. (Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev. 1465*, pp. 1529-1530).

[1210] En el mismo sentido, Ashley sugiere que la doctrina de la consideración está llena de problemas. El autor argumenta que la regla es innecesaria, a menudo produce una injusticia flagrante y se aplica de manera inconsistente. El autor incluso pide la abolición total de la doctrina. (Ashley, C. (1913). The Doctrine of Consideration. *Harvard Law Review, Vol. 26, No. 5*, p. 436). En el mismo sentido se pronuncia Eisgruber, quien discute varias críticas a la teoría de la consideración, incluyendo que es indeterminada, que puede no ser relevante para cómo la gente realmente conduce los negocios, y que puede llevar a resultados irracionales cuando se aplica a casos peculiares. (Eisgruber, C. (2000). Teaching Law Through Contracts and Cardozo. *44 St. Louis U. L.J.*, pp. 1528 y ss.).

[1211] Atiyah cree que la doctrina de la consideración es incoherente porque requiere que la ley afirme la conveniencia de hacer cumplir las promesas mientras simultáneamente niega a las partes la libertad de hacer promesas unilaterales ejecutables. (Atiyah, P.S. (1981) Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation by Charles Fried. *95 Harv. L. Rev.* pp. 511-212).

[1212] Por su parte, Arnold cree que la doctrina de la consideración no aborda cuándo una promesa es vinculante o cuándo un acuerdo se convierte en un contrato. (Arnold, M. (1976). Transcending Covenant and Debt. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. *85 Yale L.J.* pp. 994-996.)

[1213] Una de las limitaciones de la doctrina de la consideración es su ambigüedad. Engelskirchen piensa sobre la ambigüedad en determinar si una parte realmente tenía la intención de intercambiar algo a cambio de una promesa o desempeño. (Engelskirchen, H. (1997). Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy. *27 Seton Hall L. Rev.*, pp. 531-533).

modelos para abordar de manera más efectiva la realidad de las relaciones contractuales en una sociedad moderna (pp. 45-73).

> Los puntos principales de crítica de Lightsey (1984) al modelo basado en la promesa son:
>
> 1. Abstracción y Extra simplificación: Lightsey (1984) argumenta que este modelo simplifica en exceso los contratos al centrarse únicamente en lo que una parte promete a la otra, ignorando el contexto social más amplio y los derechos y obligaciones que surgen de él (pp. 45-73).
> 2. Énfasis en el Hecho, en vez del Contenido, de la Obligación: Crítica el enfoque del modelo en la existencia de una promesa en lugar de su contenido, lo que resulta insuficiente para resolver problemas en contratos de larga duración o que involucran promesas sobre hechos futuros (pp. 45-83).
> 3. Unilateralismo: Señala que el modelo de la promesa es limitado y no puede abordar adecuadamente situaciones imprevistas, proponiendo un modelo basado en el intercambio como alternativa más flexible. (pp. 45-83).

A pesar de las críticas[1214], Lightsey (1984) también reconoce las limitaciones del modelo de intercambio[1215], destacando la importancia de un enfoque híbrido que pueda integrar aspectos de ambos modelos para una comprensión más completa y efectiva de los contratos en la sociedad moderna. Este análisis sugiere que el derecho contractual debe evolucionar y adaptarse para abordar las realidades cambiantes de las relaciones contractuales (pp. 45-73)[1216].

Por su parte, Bellatine (1913) argumenta que existen tres objeciones principales a la teoría de que la obligación es consideración por la obligación: (1) hay casos donde no hay una obligación real pero la contrapromesa sigue siendo sostenida, (2) hay casos donde la promesa impondría un detrimento legal pero no se considera una consideración válida, y (3) la teoría es circular[1217] en su

[1214] En el mismo sentido, Mc Cauliff analiza algunas críticas a la teoría de la consideración, entre ellas que la definición de consideración está en desorden, con tribunales aplicándola de formas que desafían cualquier definición significativa. Otra crítica es que la definición de consideración válida en el Restatement es más estrecha que el uso común, lo cual excluye la "consideración pasada" y la "confianza" de ser consideradas como consideración suficiente. (Mc Cauliff (2002). Un Enfoque Histórico de los Lazos Contractuales que Vinculan a las Partes. *Fordham Law Review, 71*, pp. 852-853).

[1215] Aityah argumenta que la teoría de la consideración es problemática porque no tiene en cuenta el hecho de que las personas pueden cambiar de opinión, y que la ejecución de contratos ejecutorios presupone una distribución inicial de derechos que no necesariamente es justa. (Atiyah, P.S. (1981) Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation by Charles Fried. *95 Harv. L. Rev*. pp. 523-524).

[1216] Por su parte, Delong señala que algunos académicos creen que el estoppel promisorio ha superado en importancia a la doctrina de la consideración. (Delong, S. (1997). The New Requirement of Enforcement Reliance in Commercial Promissory Estoppel: Section 90 as Catch-22. *Wisconsin Law Review*, 943-945).

[1217] Engelskirchen también comparte esta crítica al considerarla un concepto circular. Para determinar qué promesas son ejecutables, la teoría asume que el prometido está obligado a hacer lo que ha prometido. (Engelskirchen, H. (1997). Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy. *27 Seton Hall L. Rev.*, p. 516-517).

razonamiento (p. 428)[1218]; y también piensa la teoría no es perfecta, pero que podría ser salvada con algunos cambios (p. 431-434).

Entonces, contra los intentos de hacer perdurar una doctrina (de la consideración) que a todas luces resulta mecánica, Bellatine (1913) cree que dicha doctrina debería ser ampliada (p, 434)[1219]; y es justamente el PE la vía mas eficiente de ampliar y mejorar dicha doctrina.

Por otra parte, Barnett (1986) realiza algunas críticas a la consideración, que las podemos resumir en:

> 1. Exclusión de Acuerdos Serios sin Consideración Negociada: Cuando se interpreta de manera restrictiva[1220], puede excluir acuerdos serios que carecen de consideración negociada, incluso si las partes tenían la intención de estar legalmente obligadas[1221].
>
> 2. Fallo en Hacer Cumplir Promesas Serias o Cumplimiento Excesivo de Promesas Informales: La teoría a veces no hace cumplir promesas serias que deberían ser ejecutadas, o por otro lado, hace cumplir en exceso promesas informales que no deberían estar sujetas a sanciones legales[1222].
>
> 3. Dificultades con la Teoría del Contrato Basada en la Voluntad: Esta teoría lucha por justificar la obligación contractual en ausencia de un ejercicio real de la voluntad, creando tensión con la necesidad de depender de las apariencias.
>
> 4. Limitación en la Ejecución de Compromisos Gratuitos y Protección de Actos de Confianza: La doctrina de la consideración es problemática porque no permite la ejecución

[1218] En el mismo sentido, Bellatine argumenta que la teoría de la consideración es problemática por tres razones principales: (1) es difícil distinguir entre la falta de consideración y la falta de mutua obligación, (2) la teoría no se sostiene en casos de prueba donde una promesa de hacer algo a lo que uno ya está obligado se considera suficiente consideración, y (3) la teoría crea un argumento circular en el que la obligación legal y la consideración se definen mutuamente en términos del otro. (Bellatine, H. (1913). Is the Doctrine of Consideration Senseless and Illogical? Michigan Law Review, Vol. IX, No. 6, pp. 429-431).

[1219] Bellatine argumenta que la teoría de la consideración sigue siendo útil, pero que necesita ser ampliada para reconocer no sólo los tratos, sino también otros motivos justos para la ejecución de una promesa. El autor argumenta en contra del "intento absurdo" de medir la suficiencia de lo que se promete a cambio mediante una fórmula mecánica. (Bellatine, H. (1913). Is the Doctrine of Consideration Senseless and Illogical? Michigan Law Review, Vol. IX, No. 6, p. 434). De la misma forma, Barnett y Becker mencionan que es una "herramienta útil para identificar muchas promesas destinadas a ser legalmente vinculantes". Además, discuten cómo se utiliza la teoría de la consideración en varios casos, lo que implica que todavía es útil. (Barnett, R. y Becker, M. (1987). Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations. *Hofstra Law Review*, 15(3), pp. 450-451).

[1220] Farber y Matheson argumentan que la teoría de la consideración es demasiado restrictiva, ya que requiere un intercambio tangible negociado para cada promesa o modificación, de ahí que proponen una nueva regla que se centraría en si la promesa se hace en la consecución de una actividad económica. (Farber, D., y Matheson, J. (1985). Beyond Promissory Estoppel: contract Law and The Invisible Handshake. *52 U. Chi. L. Rev.*, p. 930).

[1221] En efecto, para Mc Kendrick la doctrina de la consideración es demasiado restrictiva y puede impedir la ejecución de promesas que deberían ser ejecutables. Por ejemplo, no permite la ejecución de una promesa que no está respaldada por consideración, incluso si el promitente ha actuado en su detrimento confiando en la promesa. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, pp. 145-146).

[1222] DiMatteo menciona que el "aflojamiento del control de los requisitos formales del contrato" se ha rastreado al surgimiento del estoppel promisorio. (DiMatteo, L. (1999). Equity's Modification of Contract: An Analysis of The Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law. 33 New Eng. L. Rev., pp. 265 y ss).

de algunos compromisos gratuitos ni la protección de algunos actos de confianza que no fueron negociados[1223].

5. Falta de Base Satisfactoria para Hacer Cumplir Promesas: La teoría de la consideración no proporciona una base satisfactoria para hacer cumplir las promesas, llevando al reconocimiento de la confianza como un fundamento alternativo.

6. Problema Epistemológico por Ausencia de Consentimiento: Se plantea un problema epistemológico debido a la ausencia de consentimiento, agravado por el efecto de la escasez de bienes en un análisis de eficiencia[1224].

7. Limitación de la Creatividad Judicial y Reconceptualización: La teoría requiere una estricta adherencia al requisito del trato, limitando la creatividad judicial y la reconceptualización.

8. Predominancia de la Teoría del Consentimiento: La teoría del consentimiento puede ser más fundamental, y la teoría de la consideración puede estar cegando a la profesión a este hecho.[1225]

9. Necesidad de Factores Adicionales para Ejecutabilidad de Promesas: Algunos argumentan que una promesa debe estar acompañada de algún otro factor para ser ejecutable[1226].

10. Aplicación sin Referencia a Fines Subyacentes: La teoría se aplica a menudo sin referencia a los fines que sirve, sugiriendo que debería ser redefinida en términos de sus políticas subyacentes para adaptarse mejor a nuevas condiciones. (pp. 276-321).

Como vemos, Barnett (1986) también vislumbra problemas y falencias en la doctrina de la consideración, pero antes de argumentar su disolución, aboga por su modificación. Las críticas a la teoría de la consideración resaltan sus limitaciones en la ejecución de promesas y acuerdos,

[1223] De igual manera, Dalton cree que la teoría de la consideración es problemática porque se basa en la intención subjetiva de las partes o en el valor objetivo de la promesa o el desempeño. (Corbin, A. (1918). Does a Pre-Existing Duty Defeat Consideration? *27 Yale L.J. 362*, pp. 1068-1069).

[1224] En este sentido, Donovan analiza a los "revisionistas" que cuestionan la importancia de la consideración en el derecho contractual. Específicamente, nos dice, que argumentan que si la consideración es tan importante, ¿por qué a menudo se trata como una "paradoja del derecho común" donde las promesas mutuas sirven como consideración una para la otra? (Donovan, J. (2003). Same-Sex Union Announcements: Précis on A Not So Picayune Matter. *49 Loy. L. Rev.*, p. 169, ft. 113).

[1225] Barnett analiza dos teorías principales de la consideración: la "teoría del consentimiento del contrato" y la "teoría de la transferencia de título" del contrato. La teoría del consentimiento se enfoca en la manifestación del consentimiento para estar legalmente obligado, mientras que la teoría de la transferencia de título se basa en los derechos de propiedad. (Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev.*, pp. 269 y ss.).

[1226] En este aspecto parece atinente el estudio de Engelskirchen, quien analiza cómo la importancia de la consideración como un acto significativo ha sido desarrollada de manera inadecuada, y que la relevancia de la consideración como un medio para establecer fundamentos de responsabilidad por la promesa se ha perdido. En cambio, ha sido tratada como un "apéndice problemático e innecesario" de la doctrina contractual. (Engelskirchen, H. (1997). Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy. *27 Seton Hall L. Rev.*, p. 491).

proponiendo como solución la redefinición de la doctrina para que se adapte mejor a las condiciones actuales y refleje políticas subyacentes más efectivas. Esta redefinición buscaría equilibrar la ejecución de compromisos serios y la protección de actos de confianza[1227], ofreciendo una base más sólida y coherente para la aplicación de obligaciones contractuales[1228].

En este sentido Bridgeman (2008) recuerda que la principal crítica a la teoría de la consideración es que es una formalidad legal que puede utilizarse para evitar obligaciones contractuales. La doctrina del estoppel promisorio se desarrolló como respuesta a esta crítica. (p. 1443 y ss)[1229].

4. Limitaciones de la teoría de la consideración

4.1. La consideración frente al caso de un beneficio pasado

La prohibición de recobrar por un beneficio pasado otorgado a otra parte, tiene su nacimiento en el *common law* mucho más antes que la doctrina de la consideración. En *Andrew v. Boughey*, fol. 76a, Dyer, pl. 28 (1552), la garantía provista es nula cuando es dada un mes después del contrato.

En este último caso, el demandante pagó una fianza para rescatar al esclavo del amo (pagando una fianza) de la cárcel sin ningún intercambio de por medio. Luego la promesa del amo de recompensar al demandante por su buen gesto, no puede ser accionable toda vez que el amo no prometió nada a cambio al demandante antes de que este último pagara la fianza para rescatar al esclavo. En todo caso, el demandante quedaba con la frustración de que su gesto fue solamente un hecho de buena fe originado por su buen corazón, pero sin poder accionarse en corte. Pero en todo caso el gesto del demandante de rescatar al esclavo tuvo como consideración la amistad entre el demandante y el amo, mucho tiempo antes de que la promesa del amo sea hecha.

[1227] Farber y Matheson piensan que el estoppel promisorio fomenta la confianza entre los actores económicos. (Farber, D., y Matheson, J. (1985). Beyond Promissory Estoppel: contract Law and The Invisible Handshake. *52 U. Chi. L. Rev.*, p. 945).

[1228] En efecto, Barnett piensa que "el fracaso de la doctrina de la consideración para proporcionar una base más satisfactoria para hacer cumplir dichas promesas podría haber generado mayor presión para reformar la doctrina si no hubiera sido por el reconocimiento creciente de la confianza como un fundamento alternativo para la recuperación." (Ver Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. 86 Colum. L. Rev. 269, ft 25).

[1229] Bridgeman describe el como una "válvula de seguridad normativa" y una "válvula de seguridad" para la doctrina de la consideración, que se considera demasiado rígida. (Bridgeman, C. (2008). Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy: Positivism, Formalism, And the Specification of Rules in Contract Law. *29 Cardozo L. Rev. 1443,* p. 1454).

Las reformas iniciales a la regla de la consideración pasada fueron planteadas en Inglaterra en la última parte del siglo XVII por el Juez Holt (Atiyah. 1979, p. 188.)[1230]. A Holt se le reconoce el mérito de haber creado dos excepciones a la regla de la consideración pasada, como son los casos envueltos en infancia y la prescripción extintiva (Bane. 1983, p. 356-357.)

En el caso seminal de *Ball v. Hesketh*, Comb. 381, 90 Eng. Rep. 541 (1697), la Corte sostuvo que cuando un infante se presta un dinero cuando es un infante, pero luego promete devolverlo cuando llega a la mayoría de edad, esa promesa en mayoría de edad constituye consideración suficiente para que fuese accionable. Anteriormente cualquier promesa de un mayor de edad de pagar por un beneficio recibido cuando era infante, era nula; sin embargo, Holt hizo que esa promesa sea anulable en tanto el promitente ya recibió un beneficio en su infancia.

Lo que pasa en estos casos es que el beneficio gozado por el infante más la ratificación de esa transacción o la promesa de pagar por parte del infante ya hecho adulto, genera una obligación moral que a los ojos de Holt genera una excepción de la regla estricta de prohibir promesas sobre consideraciones pasadas[1231].

Holt citó *Ball v. Hesketh*[1232] in *Heyling v. Hastings*[1233] con el fin de reforzar la idea de una promesa hecha por un deudor, después de que haya prescrito la deuda, constituía una renuncia al beneficio de la prescripción extintiva y revivía la deuda, haciéndola otra vez accionable.

En ambos casos las promesas del adulto (de pagar por un beneficio contraído de infante), o las del deudor (de pagar por una deuda que ya prescribió), constituyen excepciones a la rígida teoría de la prohibición de vinculatoriedad de promesas basadas en una consideración pasada. Entonces ambos casos de Holt se basan en consideraciones morales muy pronto hallarían eco en el marco legislativo.

[1230] Ashley expone varias teorías sobre la consideración. Una de ellas afirma que la consideración no puede ser "pasada" ya que debe ser entregada a cambio de una promesa. Otra teoría sostiene que, en los contratos bilaterales, la consideración consiste en las promesas mutuas que cada parte hace a la otra. Además, Ashley aborda la idea de que cualquier renuncia a un derecho legal puede ser considerada una forma de consideración. (Ashley, C. (1913). The Doctrine of Consideration. *Harvard Law Review, Vol. 26, No. 5*, pp. 433-436).

[1231] McKendrick menciona que la regla de dureza de regla de la consideración pasada ha sido mitigada hasta cierto punto por la doctrina del assumpsit implícito. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, p. 140).

[1232] *Ball v. Hesketh*, Comb. 381, 90 Eng. Rep. 541 (1697). Ver también *Southerton v. Whitlock*, 2 Stra. 690, 93 Eng. Rep. 786 (1726) (sentenciando que la ratificación de una promesa hecha por un infante que recibió un beneficio, es accionable).

[1233] *Heyling v. Hastings* (also known as *Hyleing v. Hastings*), 1 Ld. Raym. 389, 421, 91 Eng. Rep. 1157, 1179 (1699).

Esta moral que impulsó ambas excepciones a la regla de la consideración pasada, es muy pronto capitalizada por Mansfield (Bane, 1983, p. 358), quien se encargaría de asaltar la doctrina de la consideración, en múltiples casos: *Hawkes v. Saunders,* 1 Cowp. 289, 290, 98 Eng. Rep. 1091 (1782); *Trueman v. Fenton, 2 Cowp*. 544, 548, 98 Eng. Rep. 1232, 1234 (1777).

Durante la segunda mitad del siglo dieciocho, Mansfield trató de dar un cambio radical al contrato, basado en principios de lógica y equidad. Mansfield percibió que la consideración era un impedimento irracional para el cumplimiento de serias promesas, entonces hizo un asalto frontal a la doctrina.

El principal razonamiento de Mansfield vino del caso *Pillans v. Van Mierop*, 3 Burr. 1663, 97 Eng. Rep. 1035 (K.B. 1765), un caso en que la ausencia de consideración fue asumida en una transacción comercial para hacer honor a un documento[1234].

En vez de buscar otra excepción a la regla de la consideración pasada, Mansfield declaró que la consideración, pasada o no pasada, no era necesaria en la usanza de los comerciantes para que un negocio tenga efecto, y luego declaró que la consideración no era necesaria en los contratos escritos no sellados subsecuente al Estatuto de Fraudes de 1677[1235]. El razonamiento implícito en la lógica de Mansfield estaba la visión de que la obligación moral de por sí podría cumplir, si no suplantar, a la consideración. Entonces Mansfield manifestaba que en cuanto la promesa estaba establecida el demandado estaba obligado a cumplir lo que habría prometido porque dio su consentimiento de cumplir lo prometido o de pagar daños.

Después de *Pillans v. Van Mierop*, la visión de Mansfield cobró cierto eco en el medio judicial. Por ejemplo, en el caso *Losh v. Williamson*, 7 T.R. 351, 101 Eng. Rep. 1015. (1775), la Corte Real sostuvo que la consideración no era necesaria para una promesa escrita avalada por amor y afección[1236]. En el caso de *Rann v. Hughes*, 4 Brown 27, 31, 2 Eng. Rep. 18, 21 (1778), se

[1234] Bane menciona que en *Pillans v. Van Mierop*, Mansfield intentó abolir el requisito de consideración para un contrato. (Bane, C. (1983). From Holt and Mansfield to Story to Llewellyn and Mentschikoff: The Progressive Development of Commercial Law. University of Miami Law Review, 37(5), p. 350).

[1235] Barnett examina la historia de la consideración en varios puntos. Menciona el Estatuto de Fraudes de 1677, el declive del sello como formalidad, y la tendencia hacia la doctrina de la consideración como la norma. También aborda el concepto de "causa" en el derecho civil y cómo puede estar relacionado con la consideración. (Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev.,* pp. 310-312).

[1236] Ricks sostiene que la principal crítica parece ser que la definición de "consideración" no es consistente en diferentes tribunales y contextos. Por ejemplo, en algunos casos el amor y el afecto se consideran suficiente consideración, mientras que en otros no. (Ricks, V. (1998). American Mutual Mistake: Half-Civilian Mongrel, Consideration Reincarnate. *58 La. L. Rev.,* pp. 663 y ss.).

sostuvo que *Pillans v. Van Mierop* proveyó que la consideración no era necesaria cuando la promesa estaba reducida a un escrito.

El Estatuto de Fraudes fue establecido para proteger a deudores de demandantes inescrupulosos que podrían influir el incontrolado juicio por jurado de la época. Sin embargo, un siglo después, los jurados fueron mejor controlados debido a innovaciones procedimentales incluyendo modernas reglas de evidencia. En 1760, Mansfield tenía confianza en que el jurado podría rendir opiniones racionales, debido a las innovaciones procedimentales que él ayudó en implementar. Eventualmente estas decisiones y observaciones de Mansfield (de que la consideración moral es adecuada), fueron posteriormente derogadas en el siglo XIX, nos comenta Atiyah (1974, p. 162).

Un par de decisiones a mitades de 1770 siguieron la corriente de Mansfield, heredero de los precedentes de la obligación moral de Holt. Uno de esos casos se refiere al abandono en casos de bancarrota (*Trueman v. Fenton*, 2 Cowp. 544, 98 Eng. Rep. 1232 (1777)), donde el abandono se produjo después de haber entablado un caso de bancarrota. Este caso es un claro descendiente del abandono de la prescripción extintiva, donde Mansfield citó un precedente: *Heyling v. Hastings*, 1 Ld. Raym. 389, 421, 91 Eng. Rep. 1157, 1179 (1699).

El otro caso no muy separado del legado de Holt, fue *Goodright ex dim. Elizabeth Carter v. Straphan*, 1 Cowp. 201, 98 Eng. Rep. 1043 (1774). En este caso una viuda prometió honrar una obligación hipotecaria no accionable. Este caso es parecido al caso planteado por Holt donde un contrato anulable de un niño era ratificado cuando adquiriese la mayoría de edad.

El deseo de Mansfield de utilizar casos de las cortes de equidad, contravenían la tradición del *common law* (Atiyah, 1974, p. 163). Sin embargo, En el caso de *Atkins v. Hill*, 1 Cowp. 284, 98 Eng. Rep. 1088 (1775), Mansfield rechazó la objeción de que los casos de terrenos tenían que ser tratados por cortes eclesiásticas porque las cortes de equidad tenían jurisdicción concurrente, y en cambio sostuvo que las cortes del *common law* podrían ver ese tipo de casos.

Atkins es un caso donde el albacea de la herencia prometió pagar la herencia a los herederos, donde la promesa de pagar una obligación pasado fue hecha basada en una buena y valiosa consideración, sobre todo en casos donde no podría ser conminado a pagar. Mansfield

instigó el caso de *Atkins* (después de su derrota en *Rann v. Hughes* (17789)), en otro *caso Hawkes v. Saunders*, 1 Cowp. 289, 98 Eng. Rep. 1091 (*1782*), donde el albacea prometió pagar la herencia.

La diferencia entre *Rann* con *Hawkes* es que en este último la masa hereditaria tenía propiedades para pagar la herencia. Pero Mansfield, más conservador ahora (en *Hawkes*) que, en *Rann*, no eliminó totalmente el elemento de la consideración, en cambio sostuvo que la obligación moral era la que constituía la base de la consideración, sobre todo en aquellos casos (como los que planteaba Holt) donde la deuda era incobrable o cuando un infante había hecho un contrato, hasta incluso su propio caso de renuncia al beneficio de la bancarrota después de haber entablado el proceso[1237].

Los casos de la obligación moral de Mansfield cobraron fuerza en la primera cuarta parte del siglo diecinueve en Inglaterra, e iluminó a jueces en los EE.UU. que continuaron su inclinación por ideas del derecho de equidad. Sin embargo, muchos de los casos que postuló Mansfield ocasionaron mucho problema y fueron ultimados en el siglo XIX, como lo asevera Atiyah (1974, p. 162).

Por su parte, en 1817 se dio un caso ejemplar en los EE.UU.: *Bentley v. Morse,* 14 Johns. (N.Y.) 468 (1817). El caso consistía en que un deudor que ya había pagado la deuda, tuvo que pagar por segunda vez después que el acreedor obtuvo una sentencia en su contra. Cuando el deudor informó al acreedor de lo ocurrido, el acreedor prometió devolver el segundo pago si el deudor la enseñaba el recibo de pago. Las Cortes sostuvieron que la obligación moral de devolver el dinero, hecha en la promesa del acreedor, era suficiente para accionar.

Durante la segunda mitad del siglo XIX, el centro de atención estuvo en el beneficio anterior del promitente. Por ejemplo, en el caso de Vermont *Seymour v. Town of Marlboro,* 40 Vt. 171 (Vt. 1868), un residente descubrió una recompensa de $300.00 para enrolarse como voluntario en el Ejército una vez que estuvo enrolado. El residente reclamó la recompensa y la ciudad votó que era justo entregarle la recompensa toda vez que el residente atendió al deber patrió al deber patriótico de servir en el ejército.

[1237] Bridgeman menciona que la doctrina de la consideración es central para el derecho contractual y difícil de dejar de lado. (Bridgeman, C. (2007). Reconciling Strict Liability with Corrective Justice in Contract Law. *75 Fordham L. Rev. 3013,* p. 3027).

Pero el primer caso ampliamente sustentado en la obligación moral pese a las objeciones de la obligación pasada fue *Drake v. Bell*, 26 Misc. 237, 55 N.Y.S. 945 (1899), en el que un contratista reparó una casa vacante incorrecta, pero el dueño de esa casa le promete pagar al contratista por el beneficio conferido.

Drake v. Bell representó el primer avance en contra de la tendencia adversa a los principios de la obligación moral como sustituto de la consideración[1238]. El Juez Gaynor distinguió el caso de la Corte de Massachusetts de 1825 *Mills v. Wyman*, 20 Mass (3 Pick.) 207 (1825), estableciendo una línea limítrofe entre ambos casos, ya que en *Drake v. Bell* el demandado promitente recibió el beneficio de la propiedad, pero en *Mills v. Wyman* el demandado era el padre de un hijo enfermo que prometió pagar por el cuidado a su hijo.

Adicionalmente, el Juez Gaynor distinguió el caso *Eastwood v. Kenyon*, 11 Ad. & El. 438, 113 Eng. Rep. 482 (1840), que era el caso que revirtió las ideas de la obligación moral de Mansfield en Inglaterra. En este caso (*Eastwood*), el Juez Denman criticó la doctrina de la obligación moral haciendo añicos a Mansfield.

4.2. La obligación moral no es reconocida como consideración

Los problemas de la obligación moral han sido tratados infructuosamente por los autores desde hace décadas. Tenemos el ejemplo de Lord Mansfield que entre los años 1774 y 1782 trató de hacer ejecutables acuerdos donde una obligación moral estaba de por medio. Por ejemplo, el caso de *Hawkes v. Saunders*, 1 Cowp. 289, 290, 98 Eng. Rep. 1091 (K.B. 782), el albacea había prometido pagar un legado que no era ejecutable, pero Mansfield razonó que la rectitud moral y la promesa honesta eran suficiente consideración de tal promesa. Sin embargo, pese a una inicial y favorable aceptación de su teoría, al final fue repelida por *Eastwood v. Kenyon*, 11 Adol. & El. 438, 113 Eng. Rep. 482 (Q.B. 1840). (Von Mehren, 1959, p. 1036.)

Nótese la similitud en las resoluciones de cortes en ambos sistemas, *civil law* y *common law.* En el caso *Mills v. Wyman*, 20 Mass. (3 Pick.) 207 (1825) la promesa hecha por un padre de

[1238] En este sentido Distelhorst menciona que el estoppel promisorio se utiliza como un "sustituto" de la consideración en ciertos casos. Esto sugiere que el estoppel promisorio se utiliza para abordar situaciones en las que la teoría de la consideración no es aplicable o suficiente. (Distelhorst, M. (1991). Judging Ourselves as Heirs to The Realist Insight: The Role of Ethics as A Bridge Between Law and Life. *60 U. Cin. L. Rev. 43,* p. 69).

rembolsar a un tercero[1239] que ayudó a su hijo mayor (a quien no tenía la obligación legal de dar soporte económico), fue considerada como no ejecutable; de la misma suerte en el caso de *Dawson v. Dawson*, 12 Iowa 512 (1861), donde la promesa de un hijo a pagar por el soporte a su padre, fue considerado como inejecutable.

En el caso de *Webb v. McGowin*, 27 Ala. App. 82, 168 So. 196 (1935), cert. Denied, 232 Ala 374, 168 So. 199 (1936), la promesa de una persona de pagar un dinero mensual a otra que le haya salvado la vida (su salvador), es ejecutable cuando esa persona fallezca y el albacea tiene la obligación de dar honor a la promesa que en sí es una confirmación del servicio prestado por el salvador.[1240]

En el *common law* americano, la versión final del Restatement de los Contratos de 1932 reconoció las tradicionales excepciones a la figura de la consideración, cual es el abandono de una prescripción extintiva o la ratificación de un contrato anulable. Sin embargo, Williston asume una postura conservadora. No obstante, ello, se experimenta un aumento creciente del número de casos después de la publicación del Sumario de los Contratos.

No obstante, la oposición de Williston, los redactores del Sumario siguieron la tendencia creciente de la jurisprudencia que reconoció el principio de la obligación moral. Ocho de las trece decisiones citadas por los redactores fueron casos racionalizados dentro de los confines de la doctrina de la consideración; de los otros cinco, tres opiniones de Wisconsin proveyeron una lógica

[1239] Palmer realiza una crítica a la teoría de la consideración que parece ser que no tiene en cuenta situaciones en las que el beneficiario no es parte del contrato, como en el caso de un regalo. (Palmer, V. (1989). The History of Privity. The Formative Period (1500-1680). *33 Am. J. Legal Hist. 3,* pp. 20-21). En este sentido, Pollock analiza la dificultad de determinar si una tercera persona puede demandar sobre un contrato hecho para su beneficio, y la ambigüedad en torno a si un contrato hecho en beneficio de una persona cercanamente relacionada con una o ambas partes contratantes puede ser exigido por esa persona. (Pollock, F. (1902). Principles of contract. A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England. 7th edition. Londres: CF Roworth, p. 311-312).

[1240] En caso del civil law, la suerte es parecida. En el caso de *Guidez v. Thuet,* Cour d' Appel de Douai (2d Ch.), Julio 2, 2847, [1849] D. II. 239, la promesa de un esposo de pagar a una mujer por los servicios prestados a su esposa moribunda, fue considerado un contrato ejecutable y no una donación, por cuanto se trata de una obligación natural del esposo.
El caso de *Brion v. Saqui-Sannes, Cour de Cassation* (Ch. req.), marzo 23, 2870 [1870]. S.I. 214, la promesa de una madre de pagar una anualidad a la abuela por cuidar de la nieta, se declaró inejecutable porque no existía una obligación natural de la abuela a la nieta, y fue considerada una donación.
En el caso de *Darier v. Dubois*, Court d'Appel de Paris (8th Ch.), nov. 5, 1925, la Corte de Apelaciones de París decidió que era inejecutable la promesa del Dr. Darier de dar una anualidad a la Sra. Dubois quien fuera amante de Darier, en circunstancias en que Darier había apoyado económicamente a la Sra. Dubois y a su hija, y donde Darier apoyó con esta anualidad a Dubois hasta circunstancias en que Dubois contrajo matrimonio.
Es necesario destacar cómo las cortes en uno u otro sistema llegan a resultados parecidos sin echar mano ni de la doctrina de la causa ni de la consideración, y básicamente dichas situaciones fueron motivadas por el afán de impedir injusticias.

adicional alternativa[1241] a la consideración[1242] y obligación moral (*Park Falls State Bank v. Fordyce,* 238 N.W. 516, 206 Wis. 628 (Wis. 1931); *In re Hatten's Estate,* 288 N.W. 278, 233 Wis. 199 (Wis. 1939); I*n re Gerke's Esta*te, 73 N.W. 2d 506, 271 Wis. 297 (Wis. 1955), etc), y dos ampararon su lógica en el principio independiente de la obligación moral (*Muir v. Kane*, 104 P. 153, 55 Wash. 131 (Wash. 1909); *Old American Life Ins. Co. v. Biggers*, 172 F. 2d. 495 (10th Cir. 1949)).

En el primer caso *Muir v. Kane,* un agente ofreció servicios a un comprador, pero fracasó en cumplir con los Estatutos de Washington, que tomaron tal contrato como nulo. La Corte obligó la subsecuente promesa escrita de pagar a un agente por sus servicios porque se reconoció que la mejor regla era aquella que amparaba un contrato basado en una obligación moral.

En el año de 1927, una Corte de California abrazó los principios de *Muir v. Kane* en el caso *Coulter v. Howard*, 262 P. 751 (Cal. 1927). En ambos casos no se hace mención a la doctrina de la consideración.

En el caso de Oklahoma *Old Am. Life Ins. Co. v. Biggers,* 172 F.2d 495 (10th Cir. 1949), una Corte federal de apelaciones confirmó la tendencia de la obligación moral. En este caso, una persona inyectó sus propios fondos en una compañía de seguros al borde de la quiebra para que después de que resurgiera, prometiera a esa persona reintegrarle los fondos invertidos.

La ausencia de un contrato anterior nulo o anulable, hizo que este caso (*Old American Life*) fuera un caso mucho más sólido y contundente que el de *Muir v. Kane,* sin embargo, el estatuto de Oklahoma pronto pretendió ser la base legislativa de tal caso (*Okla. Stat. Ann*. tit. 15, § 107 (West 1940)) para abandonar así todo el crédito a la doctrina de la obligación moral, ya que el estatuto declaró que esta obligación oral era "buena consideración" para una subsecuente promesa. Otros

[1241] Para Leibman y Nathan un análisis de "unconscionability" (iniquidad) es preferible a un análisis de consideración por tres razones: (1) es difícil para los tribunales determinar cuánto beneficio es necesario para satisfacer el requisito de la consideración, (2) un análisis de iniquidad permite una visión más integral de las circunstancias y (3) la doctrina de iniquidad permite una mayor flexibilidad en cuanto a los remedios. (Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev. 1465*, p. 1552-1553).

[1242] Farber y Mathison mencionan que algunos tribunales están utilizando el estoppel promisorio como una base principal de ejecución, en lugar de como una teoría alternativa, lo que sugiere que la teoría de la consideración puede no ser tan necesaria como lo fue en el pasado. (Farber, D., y Matheson, J. (1985). Beyond Promissory Estoppel: contract Law and The Invisible Handshake. *52 U. Chi. L. Rev., p. 908).*

estatutos pretendieron repetir este ejemplo, por ejemplo N.Y. Gen. Oblig. Law § 5-1105 (1970) requiriendo una promesa escrita; Cal. Civ. Code §1606 (1872); Ga. Code Ann. § 20-303 (1960).

Entonces ambos casos (*Old American Life y Muir v. Kane*) se convertirían en los pilares de la doctrina de la obligación moral y de la subsecuente promesa de restitución.

El futuro próximo fue un amplio apoyo judicial de ambos casos, especialmente la aplicación de este principio por los redactores de 1979. Hay casos que merecen especial atención como la promesa por un beneficio conferido a un miembro de la familia, o el caso de la promesa de recompensa por un daño extracontractual causado por el promitente, o el caso de una promesa de anular un beneficio basado en un intercambio inequitativo en un contrato.

En la actualidad, en la práctica del *common law* americano, la obligación moral no es buena consideración.[1243]

4.3. La regla de la obligación preexistente frente a las modificaciones de los contratos

La regla de la obligación preexistente (que dice que un contrato no puede modificarse a menos que tenga una nueva consideración, y los que tienen una obligación preexistente necesitan de nueva consideración para poder modificarse) tiene sus raíces en el caso *Pinnel* (*Pinnel's Case*, 5 Co. Rep. 117a, 77 Eng. Rep. 237 (1602)). Esta regla se vio reforzada por la Casa de los Senadores (House of the Lords) en el caso *Foakes v. Beer*, 9 App. Cas. 605 (H.L. 1884).

La justificación doctrinal de esta regla se basaba en la imposibilidad de modificar un contrato existente con otro acuerdo que no haya sido negociado con una nueva consideración[1244] (detrimento/beneficio). *Richards v. Bartlett*, 1 Leon. 19, 74 Eng. Rep. 17, 17 (1584).

[1243] El apoyo judicial futuro a estos casos, especialmente desde 1979, destaca la aplicación de principios en situaciones como promesas beneficiosas a familiares, promesas de recompensa por daños causados por el promitente, o promesas de anular beneficios en contratos inequitativos. Aunque la "obligación moral" generalmente no es vinculante, si una promesa lleva a un cambio de actitud en la parte aceptante, podría ser accionable bajo el Promissory Estoppel (PE). Esto contrasta con la RINP, que se enfoca en negociaciones preliminares, mientras que el PE abarca promesas sobre hechos no vinculados inicialmente por consideración.

[1244] Para Beh, la regla del deber preexistente, que se basa en la teoría de la consideración, puede llevar a resultados injustos. Específicamente, el autor dice que "algunas modificaciones se alcanzan sin coerción aparente, y la consideración por el trato modificado representa una transacción más justa que el trato inicial". (Beh, H. G. (1997). Allocating The Risk of The Unforeseen, Subsurface and Latent Conditions in Construction Contracts: Is There Room for The Common Law? *University of Kansas Law Review*, 46, pp. 123-124).

Si bien es cierto que esta regla continúa constituyendo la regla en los contratos contemporáneos, el UCC[1245] abandonó esta regla para los contratos por venta de bienes[1246]. Asimismo, un caso inglés de 1990 le dio encarnadura a esta tesis (*Williams v. Roffey*, 1 All E.R. 512, 527 (1990)).

En el caso *Williams v. Roffey*[1247] la consideración es vista como la ventaja comercial para ambas partes en un contrato de ejecución continua. En otros casos la concepción de la consideración fue distinta. A veces era el beneficio al acreedor de un contrato de *cash* en mano, encontrando detrimento al deudor (*Frye v. Hubbell*, 68 A. 325, 74 N.H. 358 (N.H. 1907)); en otros casos se establecieron ciertas tendencias en contra, como el caso de *Rye v. Phillips*, 282 N.W. 459, 460, 203 Minn. 567 (Minn. 1938): "La doctrina es una de las reliquias del antiguo derecho que debió ser descartada hace mucho tiempo."[1248]

4.4. Promesas gratuitas (donaciones) sin consideración

El caso más famoso de las promesas gratuitas empleando la lógica de la dependencia o confianza o dependencia ("reliance") es el de las suscripciones gratuitas, liderada por un par de decisiones en Illinois en los años 1860's. En el caso de *Pryor v. Cain* (25 Ill. 263, Ill. 1861), los demandantes fueron los compañeros de iglesia del demandado, y no la organización de caridad recipiendaria de la promesa, donde el demandado era responsable en la suscripción de caridad en la que los otros miembros confiaron y dependieron prestándose dinero personalmente y realizando trabajo para construir la iglesia. El demandado estaba obligado en buena fe a cumplir la obligación,

[1245] Código Uniforme de Comercio [UCC], 1952 (EE.UU.).

[1246] En esta línea, Engelskirchen argumenta que la teoría de la consideración está "sobrecargada con tareas adicionales para las cuales es totalmente inadecuada", lo que lleva a "distorsiones y evasiones". Específicamente, el autor argumenta que la teoría de la consideración no es adecuada para abordar cuestiones de modificación de contratos, que involucran preocupaciones diferentes a las de la formación original de un contrato. (Engelskirchen, H. (1997). Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy. *27 Seton Hall L. Rev.*, pp. 564-566).

[1247] Mc Kendrick examina la historia de la consideración en el derecho contractual inglés, destacando que ha sido cuestionada por la decisión de la Corte de Apelaciones en el caso *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd. (Mc Kendrick, E. (2017). Contract Law. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, pp. 136-138.).*

[1248] En el mismo sentido, Barnett y Becker discuten la regla del deber preexistente, que requiere que las modificaciones de contrato estén respaldadas por una consideración negociada. La principal crítica es que esta regla a menudo es poco práctica, ya que las modificaciones de contrato son comunes y a menudo mutuamente beneficiosas, en lugar de ser el resultado de una parte explotando la vulnerabilidad de la otra. (Barnett, R. y Becker, M. (1987). Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations. *Hofstra Law Review*, 15(3), p. 460).

ya que la otra parte pagó el dinero o cumplió con su trabajo y materiales tenía el derecho a confiar en aquella subscripción.

En el segundo caso de *Thompson v. Board of Supervisors of Mercer County*, 40 Ill. 379 (1866), el demandado fue encontrado responsable debido a los gastos incurridos por los otros miembros que confiaron en la oferta de renovar el edificio de la Corte.

La mayoría de los casos de suscripción por caridad[1249] se basan en la teoría de la confianza o dependencia o dependencia ("reliance"), a diferencia de los casos de transferencia de tierra donde muchas veces el Estatuto de Fraudes entraba a colación[1250].

A tenor de las subscripciones de caridad, Cardozo explicaría en su oportunidad, en el caso *Allegheny College*[1251], que las concepciones del orden público son las que han configurado las decisiones de subscripciones de caridad basadas en el incumplimiento de promesas al público y de una "…injustificable desilusión de las esperanzas razonables de los interesados". Cardozo no pudo encontrar suficiente espacio para maniobrar la teoría de la consideración en tal caso[1252], ya que Nueva York no se adhirió a las posturas del intercambio negociado de Holmes[1253].

En el caso de *Allegheny College v. National Chautauqua Bank* (1927), Cardozo no vió ninguna razón por la cual una nueva lectura del significado de la consideración debería impedir la ejecución de una promesa de caridad. Ambos Cardozo y Corbin vieron una simetría entre la consideración y la promesa vinculante, donde las promesas fueron vinculantes si fueron hechas seriamente para proteger la confianza o dependencia razonable del promitente.

[1249] Bridgeman analiza cómo la consideración ha sido modificada por la doctrina del estoppel promisorio y cómo se aplica en el contexto de las suscripciones caritativas. (Bridgeman, C. (2005). Allegheny College Revisited: Cardozo, Consideration, And Formalism in Context. *39 U.C. Davis L. Rev. 149,* pp. 162-166).

[1250] Baron hace alusión al caso *Wyndham v. Chetwynd*, 96 Eng. Rep. 53, 55 (K.B. 1757) para referirse a los autores que argumentan que las protecciones proporcionadas por el Estatuto de Fraudes no valen los problemas que el estatuto causa. (Baron, J. (1989). Gifts, Bargains, And Form. *64 Ind. L.J. 155,* ft. 253).

[1251] *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua Country Bank of Jamestown*, 159 N.E. 173, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927)

[1252] Linzer señala que el caso de *Allegheny College* se utiliza para introducir el estoppel promisorio, plantea la pregunta de si el *bargain* (intercambio) debería ser un elemento esencial de la consideración. Esto sugiere que el estoppel promisorio puede ser una respuesta a las limitaciones de la teoría de la consideración. (Linzer, P. (2000). Teaching Important Contracts Concepts. *44 St. Louis U. L.J.*, p. 1323).

[1253] Bridgeman menciona con respecto a la teoría formalista: "En lugar de discutir cuán precisamente se podría llamar formalista a Cardozo en su totalidad, me gustaría simplemente examinar una descripción común del formalismo clásico, entendido como "jurisprudencia mecánica". [FN172] Según esta comprensión del formalismo, la etiqueta "formalismo contextual" podría parecer inicialmente una contradicción en términos. Se dice comúnmente que los formalistas deciden casos *184 basándose en deducciones lógicas de reglas abstractas. [FN173] En sus versiones más extremas, el formalismo es completamente insensible a los resultados, incluso a los absurdos o injustos." (Bridgeman, C. (2005). Allegheny College Revisited: Cardozo, Consideration, And Formalism in Context. *39 U.C. Davis L. Rev. 149,* pp. 183-184).

Desde que las Cortes comenzaron a decidir sobre las subscripciones de caridad, en las que el aceptante confió, en el último cuarto del siglo XIX, algunos recomendaron que una aplicación universal de la doctrina de la *promesa vinculante* ("promissory estoppel") extendida a otras clases de promesas gratuitas, que es lo que hizo el primer "Código of Contracts", y un ejemplo de ello se ven en el caso *Irwin v. Dyke*[1254], donde la consideración no fue mencionada para nada[1255]. El caso se basó principalmente en la confianza o dependencia y creencia del hijo en las promesas del padre de dejarle una parcela. La Corte estimó que el hecho de que hijo retornara a la parcela, hiciera modestas mejoras y pague algún dinero del contrato, fueron hechos en la confianza o dependencia y creencia en la promesa ofrecida, en la que una Corte de equidad validaría la ejecución de tal acuerdo.

El "*impedimento equitativo*" ("*equitable estoppel*") había sido una regla de las demandas y de evidencia que impedía que una parte denegara que había mentido sobre un hecho sobre el cual la otra parte había confiado.

En el caso *Miller v. Western Coll. of Toledo,* 52 N.E. 432, 436 (Ohio 1898*)*, cuando el donante ejecutó un contrato promisorio de la construcción de un edificio, la corte manifestó que el demandado estaría impedido de alegar ausencia de consideración cuando el dinero había sido gastado, o gastos que se habían incurrido, en contemplación del contrato. La Corte añadió que el contrato iba a ser válido, no por las teorías de la consideración, pero por razón del "*estoppel*" (impedimento), entonces el donante está obligado a pagar[1256].

Sin embargo, ocasionalmente la Corte confundía los términos de "promesa vinculante" ("Promissory estoppel") con los de "impedimento equitativo" (*equitable estoppel*), como en *Ricketts v. Scothorn,* 77 N.W. 365, 57 Neb. 51 (Neb. 1898). En 1909, una corte aplicó el "impedimento equitativo" ("equitable estoppels") a una promesa de poner un acuerdo dentro del Estatuto de Fraudes por escrito. En verdad lo que la Corte estaba haciendo es ejecutar una promesa e impedir evidencia contra la falsedad. El impedimento equitativo ("equitable estoppel") se refiere

[1254] *Irwin v. Dyke*, 1 N.E. 913, 114 Ill. 302 (Ill. 1885),

[1255] Farber y Matheson consideran que el estoppel promisorio es una expansión de los límites tradicionales de la obligación promisoria. (Farber, D., y Matheson, J. (1985). Beyond Promissory Estoppel: contract Law and The Invisible Handshake. *52 U. Chi. L. Rev*., p. 925-930).

[1256] Para Beh, la regla del deber preexistente no está bien fundamentada en la doctrina de la consideración y no está justificada de manera justa, ya que otras doctrinas judiciales pueden proteger contra demandas coercitivas. (Beh, H. G. (1997). Allocating The Risk of The Unforeseen, Subsurface and Latent Conditions in Construction Contracts: Is There Room For The Common Law? *University of Kansas Law Review,* 46, 115-154).

al pasado o presente, mientras que la "promesa vinculante" ("promissory estoppel") se refiere al futuro[1257].

Las teorías del "impedimento equitativo" y el remedio de la "confianza o dependencia detrimental" (detrimental reliance" comparten un común denominador en el sentido de que, en ambas teorías, una de las partes confía en las promesas de la otra parte, o en la falsedad o en el fracaso de mantener la promesa, y el impedimento de erigir una defensa que de otra manera pudiera estar disponible.

Este préstamo de ideas del impedimento equitativo no fue apto, desde que en la teoría de la promesa vinculante no hubo falsedad. Tanta confusión existió que algunas cortes basaron sus decisiones en las figuras de fraude antes de aplicar la teoría de la "promesa vinculante". *Dovenmuehle, Inc. v. K-Way Assoc.*, 388 F.2d 940, 947 (7th Cir. 1968); *Meredith v. John Deere Plow Co.*, 261 F.2d 121, 124 (8th Cir. 1958); *Swift v. Peterson*, 37 N.W. 2d 258, 259, 240 Iowa. 715, 719 (Iowa 1949).

En el siglo XIX, la promesa vinculante llenó los espacios vacíos de los casos de confianza o dependencia detrimental no ejecutable por promesas selladas o por contratos basados en la reciprocidad de la consideración[1258].

En los 1920's, los redactores de los "Código de los Contratos" introdujeron la sección 90 que se convirtió en el más significante desprendimiento del precedente del Primer "Código", y la versión oficial de 1928 estableció una regla general más amplia que la regla primigenia[1259].

[1257] Stoljar sostiene que la teoría de la consideración solo aborda la mitad del problema, ya que no toma en cuenta la necesidad del beneficiario de proteger los beneficios futuros. Además, argumenta que el uso de términos como "beneficios" y "perjuicios" es artificial en este contexto. (Stoljar, S. (1955). The False Distinction Between Bilateral and Unilateral Contracts. *64 Yale,* pp. 524-525).

[1258] Cf. *Commonwealth v. Scituate Savings Bank*, 137 Mass. 301, 302 (Mass. 1884) (Holmes declara: "La doctrina de la consideración se eliminaría de raíz si el promisario haría una promesa vinculante por el subsiguiente acto en confianza o dependencia de la promesa?")

[1259] De igual manera, Eisenberg señala que el estoppel promisorio surgió como una forma de hacer cumplir las promesas donativas en las que se había confiado, lo cual la teoría de la consideración no permitía. (Eisenberg, M. (1997). The World of Contract and The World of Gift. *85 Cal. L. Rev.,* pp. 833-834).

La sección 90 dio pie al nacimiento de un crecimiento de consideraciones equitativas[1260] más allá de las categorías originales de las donaciones[1261].

5. Soluciones a las falencias de la consideración

5.1. El enriquecimiento injusto frente a la consideración: tesis restitutorias

Teeven (2004, p. 335) explica que el inicio de las tesis restitutorias se encuentra en los casos del siglo XVII y siglo XVIII, tomados por Mansfield desde el caso *Moses v. Macferlan*, 2

[1260] Para Beh, el Código Comercial Uniforme y el Restatement (Second) of Contracts, ambos permiten modificaciones de contratos sin nueva consideración. (Beh, H. G. (1997). Allocating The Risk of The Unforeseen, Subsurface and Latent Conditions in Construction Contracts: Is There Room For The Common Law? *University of Kansas Law Review*, 46, 115-154).

[1261] En el *Civil Law* la situación es diferente. El artículo 516 del Código Alemán tiene una definición de los regalos y donaciones que es preciso analizar. "La donación es un acto de disposición en el que una persona confiere un beneficio a otra persona, si ambas personas acuerdan que tal disposición es hecha gratuitamente." (Código Civil Alemán (BGB), Sección 516. Enero 2, de 2002. (Alemania)).

En 1910, en el caso de *H. v. Sch., Reichsgericht(VI. Zivilsenat*) June 30, 1910, 74 R.G.Z., 139, la corte dio un dictamen sorprendente. El demandado recibió una orden importante por parte de una compañía cuyo presidente era el esposo de la hermana del demandado. Cuando el demandado recibió la importante orden, la hermana pidió una comisión al demandando que no había estado nunca estipulada, y luego la asignó al demandante. La hermana se sentía con todo el derecho legal de recibir una comisión, y el demandado da una promesa de otorgar algo de comisión a título gratuito, pero no como respuesta a ninguna obligación que él tuviera con la hermana. Como corolario, no todo pago a título gratuito que se realice como compensación de un hecho anterior constituye una donación porque faltan todos sus elementos integrantes para que una donación exista, cual es el que ambas partes estén de acuerdo. (Von Mehren, A. T. (1959). Civil Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis. *Harvard Law Review, 72, 6,* 1009-1078, p. 1044).

Por su parte, en el *common law*, existe la figura de que la consideración puede ser mínima y no es necesario que sea adecuada. En este sentido, un acto gratuito puede enmascararse como acto oneroso o como una transferencia onerosa, cuando en realidad existe una donación. Entonces, en el derecho alemán no todos los actos que parecen donaciones lo son en realidad, sino que pueden ser actos onerosos. De la misma manera, en el *common law*, no todos los actos que parecen ser onerosos lo son en realidad, sino que pueden ser gratuitos, pero como la figura de la consideración adecuada entra a tallar, entonces la forma de desenmascarar un acto que pinta como oneroso pero que en realidad no lo es, es a través de la evidencia. De la misma forma, en el derecho alemán, la evidencia y la prueba será indispensable para probar que un acto no es gratuito sino oneroso.

Otro caso interesante en el *civil law* lo trae *Bailly v. Ville de Nancy*, Cour de Cassation (Ch. civ.), Feb 5, 1923, en el cual la figura de la donación bajo el artículo 931 del Código Civil Francés, guarda concomitancia con la figura del artículo 516 del Código Alemán. El caso trata que uno de los concejales promete donar cien mil francos al municipio con la condición de que el municipio emprenda acciones de apoyo social. El banco del concejal recibió la orden de transferir el dinero a la cuenta del Municipio, pero el banco entró en moratoria y el dinero no pudo desembolsarse. Sin embargo, el municipio, basado en la promesa del concejal usó de su propio peculio el dinero para los apoyos de acción social. (Von Mehren, A. T. (1959). Civil Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis. *Harvard Law Review, 72, 6,* 1009-1078, p. 1049.)

La Corte sostuvo que no se trataba de una donación como se la quería plantear por cuanto la donación no pudo cuajarse de acuerdo a los dictámenes del artículo 931 del Código Civil Francés, que dice: "Art. 931. Todo instrumento o acta que contenga donación entre vivos, se otorgará ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, y quedará protocolo de él bajo pena de nulidad" (Artículo 931 del Código Civil Francés (CCF). Código Civil Francés, enmendado por Francia, 2016).

Otro ejemplo interesante en el *civil law*, lo encontramos en el Derecho alemán. El caso en sí guarda relación con la figura de la confianza detrimental (detrimental reliance) del *common law*, *B. und Gen. V Verein fur Fakultative Feuerrbestattung, Reichsgericht* (III. Zivilsenat), Feb 6, 1905, 62 R.G.Z. 386. El caso es que un benefactor aceptó donar oralmente y por escrito 50 mil marcos a una organización encargada de las cremaciones de la ciudad que tenía por cometido la construcción de un crematorio. Una vez que la organización emprendió la construcción del crematorio, y después que el benefactor contribuyó 20 mil marcos, el benefactor se negó a seguir contribuyendo. La Corte desestimó la teoría de que se trataba de un regalo o de una donación no vinculante, y estimó que esta transacción sí era vinculante porque la organización no fue enriquecida. En el *common law*, tendríamos un resultado parecido bajo la teoría del detrimental reliance, independientemente si la organización se enriqueció o no, sino bajo la teoría de que la organización confió en la palabra del benefactor en su propio detrimento porque la organización ya empezó a construir el crematorio y se quedó en la mitad de la construcción ante la negativa del benefactor.

El demandante debe demostrar que sufrió un detrimento al confiar en las promesas del demandado, y además debe demostrar que tal confianza le hizo actuar en desmedro y perjuicio. De no haber tal actuación en desmedro, no habría una acción legal bajo el postulado del promissory estoppel. (*Hughes. V Encyclopaedia Britannica, Inc*., 117 N.E. 2d 880 (III. App. Ct., 1954)).

Burr. 1005, 97 Eng. Rep. 676 (1760). Anterior a la época de Mansfield las distinciones entre el beneficio a partir del contrato o quasi-contrato eran nebulosas ya que existían las vagas peticiones a partir de la asunción de la deuda. Mansfield asumió la idea de que las nociones de "justicia natural" y "equidad" serían la base para que un deudor devolviera el dinero recibido sin necesidad de hacer una promesa. En realidad, Mansfield se prestó el concepto romano de los "quasi-contratos". Mansfield fue más allá de *Moses v. Macferlan* al establecer que el principio debería aplicar cuando en justicia el deudor debiera devolver el dinero.

La teoría de Mansfield fue demasiado expansiva para operar como una regla clara y precisaba mayor refinamiento, y hasta mediados del siglo XIX, solo limitado uso de esta doctrina fue hecho en los EE.UU. e Inglaterra. En realidad, el objetivo del quasi-contrato es el de prevenir enriquecimiento injusto antes que el de cubrir el rol del contrato de proteger las esperanzas o la expectativa surgida en el aceptante.

De esta forma, durante la segunda mitad del siglo XIX las reglas divergieron en los EE.UU. e Inglaterra al respecto del cuasicontrato y las teorías de Mansfield. En Inglaterra, la figura de la restitución se basó básicamente en instituciones del precedente (Teeven (2004, pp. 335 y ss).

Todo parecer sugerir que Inglaterra no se separó de las teorías de los "casos juzgados" (*stare decisis*). Al final de la segunda mitad del siglo XIX, en el caso *Sinclair v. Brougham*, 1914 A.C. 398 (Lord Summer), la Corte inglesa continuó aplicando el sistema de los precedentes, sosteniendo que, desde la abolición de las formas, el *common law* fue dividido solo entre "torts" (responsabilidad extracontractual) y contratos.

Los jueces ingleses no aceptaron ningún principio del cuasicontrato, y se enquistaron en la ficción de la promesa implícita de pagar el dinero y en la asunción, pese a que el consentimiento era inexistente y que las formas de la asunción en las deudas estaban terminadas.

Comentadores y jueces habían desafiado esta estructura basados en que el derecho y la justicia estaban soldados y que nuevas soluciones tenían que partir de la equidad. Poco a poco el sistema judicial inglés llegó a la conclusión asumida por el Código Americano de Restitución.

En este proceso, las cortes empezaron a reconocer la existencia de una tercera categoría en el *common law* basada no en los torts (responsabilidad extracontractual) o los contratos, pero en la ley natural del enriquecimiento injusto. Sin embargo, el reconocimiento de la deuda en base a una

obligación moral como consideración, tal cual lo planteaba Mansfield (pese a estar excluida por el estatuto de limitaciones), posteriormente resultó ser insuficiente (Atiyah, 1974, p. 165).

De otra parte, en 1888, relata Teeven (2004, p. 340), el historiador americano Ames fue el primero en aislar el principio del enriquecimiento ilícito de la jurisprudencia de los siglos XVII y XVIII, atando su desarrollo a los planteamientos de Mansfield. El quasi contrato entonces quedaba como una figura enteramente de equidad, puesto que no existió acuerdo mutuo ni tampoco consideración, aunque era similar al contrato en el sentido de que una obligación tenía que cumplirse.

Todo este desarrollo y estudio conllevó a que esta teoría sea considerada en el Código de las Restituciones de 1937[1262], en cuya sección primera decía: "Una persona que se haya enriquecido injustamente a expensas de otro, es requerido a restituirle".

Entonces la nueva institución de la restitución tenía un campo más amplio que el del quasi-contrato que se basaba en una acción legal. La restitución en cambio brindaba solución a casos de enriquecimiento injusto, y en muchos casos es un remedio alternativo a los casos de contratos incumplidos o daños sufridos en la responsabilidad extracontractual.

Entonces la restitución se aplica a muchos campos como la responsabilidad extracontractual, contratos, hasta las relaciones fideicomisarias. Como ejemplo tenemos:

- Cuando un enriquecimiento injusto podría ocurrir debido a la indisponibilidad de una ejecución específica.
- Cuando no es probable aquello esperado.
- Cuando una parte escoge legalmente romper el contrato.

Es necesario aclarar que el Código de Restituciones usa el término de restituciones legales en campos relacionados al contrato como extensión de los casos de responsabilidad cuasicontractual anunciado por Mansfield en el caso *Moses v. Macferlan*[1263], donde el demandado debía reembolsar el dinero pagado por error o por violencia, o cuando es obtenido por el demandante bajo ventaja indebida.

[1262] American Law Institute. (1937). Restatement on Restitution (ROR).
[1263] *Moses v. Macferlan*, 2 Burr. 1005, 97 Eng. Rep. 676 (1760).

En el siglo XX las cortes empezaron a usar la restitución en campos contractuales en los que existía incumplimiento de contratos y el remedio legal resultaba injusto. Por ejemplo, en un caso de Missouri de 1889 *(Smith v. Keith & Perry Coal Co.,* 36 Mo. App. 567, 579-80, Mo. 1889), un contrato de compra de 140 toneladas de heno es incumplido por el comprador después de haber recibido 47 toneladas, pero ya el precio del heno había subido. La corte ordenó que el vendedor obtenga el precio de mercado actual (que era mayor) y no el precio del heno al momento de pactar ya (que era menor).

La decisión en *Smith v. Keith & Perry Coal Co.* estuvo basada en otras decisiones parecidas del siglo XIX. Por ejemplo en el caso de *Bush v. Canfield*, 2 Conn. 485 (Conn. 1818), donde los daños por restitución eran mayores que los daños por contrato; en *Nash v. Towne*, 72 U.S. 689 (1866).

Asimismo, una promesa por un beneficio recibido puede ser accionable, aunque no exista el derecho a la recuperación sin la promesa, como lo establece el Segundo Código de Contrato de 1981, artículo 86[1264].

Ejemplos modernos de restitución se pueden hallar desde tempranos del siglo XVII en los casos de asociaciones ("*trusts*") impuestas (*Thynn v. Thynn*, 1 Ver. 296, 23 Eng. Rep. 459, gravamen por equidad, subrogación *Morgan v. Seymour,* 1 Rep. Ch. 120, 21 Eng. Rep. 525, contabilidad en equidad, contribución, e indemnización.

El caso de las asociaciones impuestas por equidad empezó en el último cuarto del siglo XVII en casos ingleses de disposiciones orales testamentarias, o asociaciones entre vivos sobre tierras que violaron el Estatuto de Fraudes, o en casos fiduciarios de negocios consigo mismo. Una asociación puede ser impuesta si el delegado usó los bienes de la asociación, para privar a este delegado de los beneficios como producto del mal uso de su posición. Durante el último cuarto del siglo XIX, las cortes americanas extendieron el uso de las asociaciones impuestas a casos no fiduciarios, sobre todo en casos de error, fraude, violencia, dolo, influencia indebida, y el incumplimiento de contrato.

[1264] American Law Institute. (1981). Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]

Es muy difícil para académicos y tratadistas citar todos los casos bajo los cuales la restitución aplica, sobre todo porque los límites de la restitución se desdibujan cuando éste aparece a través de todo el cuerpo del derecho privado.

5.2. Reforma judicial de la regla de la obligación preexistente

Durante el siglo XIX, la dependencia fue la base de muchas acciones para modificar contratos en la jurisprudencia norteamericana bajo el disfraz de los contratos basados en la consideración.

En el caso *Munroe v. Perkins,* 26 Mass. 303, 9 Pick. 298, 20 Am. Dec. 475, 479 (1830), la lógica empleada fue que se encontró consideración en la fe puesta a la promesa de una parte que ofreció mayor pago y dicha parte finalizó el trabajo. En el caso *Wadsworth v. Thompson*, 8 Ill. 423 (1846), la Corte sostuvo que la confianza del deudor en la extensión de tiempo a la fecha original de pago, constituyó consideración por aquella extensión.

En el caso de Iowa *Maxwell v. Graves,* 13 N.W. 758, 59 Iowa. 613 (Iowa 1882), la Corte sostuvo que aún sin consideración para la modificación oral del contrato, el demandado no puede plantear el problema después de que el demandante haya realizado parte de lo prometido y el demandado haya aceptado tal desempeño. El caso es que el arrendador de unas vacas para un criadero por tres años fue modificado por el arrendador que prometió reemplazar las vacas infértiles en la primavera. El demandante arrendatario le dio diez vacas infértiles al demandado la próxima primavera, pero el demandado arrendatario rehusó proveer vacas reemplazantes. La Corte encontró la modificación del contrato válida y accionable porque el arrendatario confió en la promesa del arrendador y actuó en consecuencia basado en tal promesa.

Otros casos parecidos los encontramos en *Arbogast v. Mylius,* 46 S.E. 809, 55 W. Va. 101 (W. Va. 1904), donde en un contrato rescindido por acuerdo mutuo, y el vendedor de buena fe revendió el producto, el comprador es impedido de objetar y usar el raciocinio de la consideración y el hecho cumplido. En el caso de *Blaess v. Nichols & Shepard Co.,* 88 N.W. 829, 115 Iowa 373 (Iowa 1902), cuando una parte haya actuado bajo una modificación, la otra parte no puede objetar que no hubo consideración.

Las Cortes de la segunda mitad del siglo diecinueve empezaron a usar la "confianza o dependencia" ("*reliance*") para modificar contratos para aumentar el pago, que fueron hechos para

incentivar el cumplimiento continuado subsecuente al acaecimiento de circunstancias imprevistas que incrementan el peso para la parte ejecutante, como por ejemplo una guerra que hace la mano de obra escasa, o el granito que un excavador de minas puede encontrar.[1265]

Entonces la ejecución se paralizó en los casos de eventos imprevistos, y la ejecución fue inducida a reiniciar en confianza o dependencia de una promesa de aumento del pago. Después de la publicación del Sumario de Contratos Sección 90 en 1932, las Cortes empezaron a reconocer que la confianza o dependencia fue la base para la modificación de este tipo de contratos[1266]. Por ejemplo en un caso de Massachusetts de 1933 (*Sheehan v. Commercial Travelers*, 186 N.E. 627, 630, Mass. 1933), el demandante perdió el caso por no demostrar esa confianza o dependencia "reliance". Al siguiente año la Corte Suprema de Michigan aplicó una prohibición ("*estoppel*") para impedir que una aseguradora de vida negara los estatutos incorrectos hechos por el remanente del período de cobertura del seguro. El caso es *Hetchler v. Am. Life Ins. Co.,* 254 N.W. 221, 223, 266 Mich. 608 (Mich. 1934)[1267]. La Corte estimó que el asegurado había confiado en la representación incorrecta toda vez que él no solicitó otra póliza.

En el caso *Fried v. Fisher*, 196 A. 39, 328 Pa. 497 (Pa. 1938), una Corte de Pensilvania utilizó la promesa vinculante para validar la no responsabilidad de un socio en una obligación de

---

[1265] Hay un par de casos del siglo diecinueve que conviene estudiar. El primero es un caso de Nueva York (*Meech v. City of Buffalo*, 29 N.Y. 198, 210, N.Y. 1864), cuya decisión se basa en una mezcla de las teorías del riesgo imprevisto y la "dependencia" o "confianza" (reliance), en el que un Municipio acordó pagar más a un contratista de limpieza de desagües que de improviso encontró sacos de arena, tornando el trabajo dos veces más caro.
Otros casos similares que sigan la línea de *Meech v. City of Buffalo* los podemos encontrar en *Blakeslee v. Bd. of Water Com'rs of City of Hartford*, 139 A. 106, 112 (Conn. 1927), envolviendo circunstancias no contempladas por las partes; *Curry v. Boeckeler*, 27 S.W.2d, 473, 475 (Mo. 1930), lidiando con dificultades desconocidas o no anticipadas por las partes cuando el contrato fue ejecutado; *Goebel v. Linn*, 11 N.W. 284, 286, 47 Mich. 489 (Mich. 1882), estableciendo que una modificación era válida porque el comprador libre e independientemente acordó a un precio mayor debido a una circunstancia imprevista, donde la regla de la obligación preexistente no fue mencionada.
En *King v. Duluth Ry. Co*., 61 Minn. 482, 63 N.W. 1105, 1107 (1895), la Corte citó a *Meech v. City of Buffalo (Meech v. City of Buffalo*, 29 N.Y. 198, 210, N.Y. 1864) declarando que la circunstancia imprevista constituía consideración suficiente para validar la modificación.
Sin embargo, un caso anterior en Minnesota había declarado que una modificación concerniente a un contrato de excavación debido a rocas encontradas de improviso era inválida e inejecutable bajo la postura de la responsabilidad objetiva contractual donde el precio original era conservado independientemente del grado de dificultades. K*ing v. Duluth Ry. Co*., 61 Minn. 482, 63 N.W. 1105, 1107 (1895); *Paradine v. Jane, Aleyn* 26, 82 Eng. Rep. 897 (1647).
El grado de imprevisibilidad no requiere ser inmenso dada la relación de continuidad de las partes y, como lo estableció la Corte en el caso *King v. Duluth Railway*, los hechos "son suficientes si son de tal carácter que la demanda por un pago extra es justo" y suprime además las sospechas de coerción.
[1266] Barnett sugiere que sugiere que el creciente reconocimiento de la recuperación basada en la confianza ha permitido que el requisito de la contraprestación sobreviva. (Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev. 269, ft. 25).*
[1267] Este caso podría ser visto como de prohibición en equidad ("*equitable estoppel*") desde que la compañía estaba prohibida de probar un hecho contrario a la representación incorrecta sobre la cual la otra parte se basó, pero también puede ser entendida en el terreno de la promesa vinculante ("promissory estoppel"), toda vez que la incorrecta representación constituyó también una promesa implícita de respetar el período contractual antes que venza.

arrendamiento de la compañía. El socio de una firma de abogados le dijo al arrendador que deseaba dejar la firma y empezar un restaurante, pero sólo si no tuviese más responsabilidad en el contrato; el arrendador le aseguró que él estaría exento si su fuese, de modo que el abogado renunció. La Corte Suprema de Pensilvania encontró suficiente confianza o dependencia en la promesa oral. Nueve años después, la Cámara de Senadores empleó una visión parecida en el caso *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.,* 1947 K.B. 130, y constituyó el caso más conocido en Inglaterra y el Commonwealth sobre la confianza o dependencia ("*reliance*") como base para ejecutar modificaciones contractuales.

La decisión del juez Denning en el caso de *High Trees* fue ampliamente discutida porque fue la primera reforma significativa en Inglaterra de la regla de la obligación preexistente desde el caso *Foakes v. Beer*, 9 App. Cas. 605 (H.L. 1884).

Denning subsecuentemente sirvió como consejero legal en la Casa de Senadores desde 1962-1982 como Maestro de Archivos. En el caso de *High Trees*, Denning reconoció la ausencia de consideración para validar la promesa del arrendador para reducir la renta en un contrato de alquiler de largo plazo, pero estableció que la regla era válida por el período de guerra porque la promesa del arrendador de aceptar una renta menor es ejecutable no obstante la ausencia de consideración, debido a la fusión de la ley con la equidad: aspecto no considerado en *Foakes v. Beer.*

En *High Trees House Ltd*., 1947 K.B., Denning expresó una aplicación amplia de la promesa vinculante al manifestar: "Prefiero utilizar el principio de que una promesa destinada a ser aplicable, destinada a que se actúe en base a ella, es ejecutable de acuerdo a sus términos." Sin embargo, el mismo Denning parcialmente dio un paso atrás en *Combe v. Combe*, 2 K.B. 215, 219-220 (1951), donde manifestó que: "Tanto como estoy inclinado a favorecer este principio postulado en High Tress, es importante que no se lo estire demasiado al riesgo de dañarlo". Este temor es similar a la expresión de Mansfield concerniente a la extensión del quasi-contrato, como los casos de *Weston v. Downes*, 1 Doug. 23, 24, 99 Eng. Rep. 19 (1778) o *Brikon Inv. Ltd. v. Carr*, Q.B. 467, 486 (1979), "sería equivocado extender la doctrina de la promesa vinculante al extremo de abolir la doctrina de la consideración." (Teeven, 2002, pp. 350 y ss). Pero no se olvide que para muchos pensadores, el papel de la consideración solamente es académico, porque de deshacerse de esta doctrina, se piensa, la línea divisoria entre promesas que constituyen contratos o no contratos

tendría que buscarse de nuevo. (Kessler, 1954, p. 164) Sin embargo, si esto fuera cierto, no se hablaría de acuerdos basados en el "*detrimental reliance*" que juegan el papel de motor impulsor de obligaciones de negocios no contractuales.

En Inglaterra la teoría de la promesa vinculante funciona solamente como una excepción a la regla de la obligación preexistente.

La interpretación de Denning sobre *High Trees* en *Combe v. Combe* es similar también a la de Holt y Mansfield en los casos de obligación moral sobre renuncias en bancarrotas y prescripción extintiva en que la obligación moral no fue la base general para crear obligaciones contractuales, pero en los que una aplicación estricta de la ley referente a bancarrotas y prescripciones extintivas no podría haber conseguido una resultado justo y moral en esos casos.

Bajo las reglas del *common-law*, la regla de la obligación preexistente (*pre-existing duty rule*) dictamina que un contrato de servicios solamente puede ser modificado si existe una nueva consideración. No se puede usar una consideración que ya se usó en un contrato primigenio. A partir de ese problema es que se generan múltiples situaciones fácticas que las Cortes han tratado de resolver, pero que hasta actualmente muchos problemas existen.

Por ejemplo, en casos donde un empleado firma un contrato de empleo con el empleador[1268], y después de unos meses el empleador le pide al empleado firmar otro contrato de "no competir" con el empleador en caso de que el empleado termine el contrato laboral con el empleador (ya sea si el empleado es despedido o el empleado se retira del trabajo), entonces ese contrato de "no competir" debe tener una nueva consideración[1269] para hacer que la promesa del empleado de "no competir" sea vinculante a ambas partes[1270]. Si el empleador no usa una nueva

[1268] En contratos de empleo, Leibman y Nathan discuten que la teoría de la consideración no tiene en cuenta el hecho de que el empleador puede despedir al empleado a voluntad, lo que hace que la promesa de abstenerse de despedir sea ilusoria. (Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev.,* p. 1465 y ss.).

[1269] Tabb señala que es difícil distinguir entre la consideración necesaria para la formación de un contrato de empleo y la "consideración adicional", requerida para un contrato de empleo que no sea rescindible a voluntad. Esta distinción conduce a resultados inconsistentes e impredecibles. (Tabb, M. (1987). Employee Innocence and The Privileges of Power: Reappraisal of Implied Contract Rights. *52 Mo. L. Rev., pp. 816-818).*

[1270] En contratos con cláusulas de "no competir', Leibman y Nathan mencionan que algunos estados requieren una nueva contraprestación además de la continuación del empleo para respaldar un pacto postcontractual de no competencia, mientras que otros no lo hacen. Esta inconsistencia parece ser la crítica principal. (Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev.*, pp. 1465 y ss).

consideración, pero en vez usa la misma consideración que la que usó al momento de la incepción de la relación laboral, entonces el nuevo contrato es nulo por no tener una nueva consideración.

Entonces el quid del asunto es determinar qué elementos o qué cosas constituyen una nueva y válida consideración en este tipo de contratos de "no competir" cuando es ejecutado mucho tiempo después de que la relación laboral empezó. Y básicamente este tipo de contratos son el interés principal del empleador, toda vez que el empleador ha invertido dinero en entrenar al empleado, entonces tiene el temor fundado de que el empleado vaya a dejar el vínculo laboral y empezar su propio negocio compitiendo directamente con el empleador. En mérito a ese temor fundado, es que los empleadores están motivados a que dichos empleados firmen tales contratos de no competir.

De otro lado, estos contratos de no competir deben basarse en una circunscripción determinada y por un determinado tiempo. Sería realmente insensato que un contrato de no-competir sea válido en circunstancias donde el empleado promete no competir con el empleador por toda su vida profesional y en ningún lugar del planeta. Ello equivaldría a esclavizar el futuro profesional de un empleado. De modo que la mayoría de legislaciones limitan estos contratos de "no-competir" a una jurisdicción determinada y a un tiempo limitado.

En el caso de un empleado que haya estado trabajando por más de un año antes de entrar a firmar el nuevo contrato de "no-competir" en el que se compromete a no competir con su empleador dentro de un área determinada y por un tiempo particular después de la culminación de la relación laboral, la Corte expresó que dicho contrato no es vinculante por adolecer de falta de consideración. *James C. Greene Co. v Kelley* (1964) 261 NC 166, 134 SE2d 166.[1271]

[1271] En el caso de *Worth Chemical Corp. v Freeman* (1964) 261 NC 780, 136 SE2d 118, la Corte decidió que un contrato de "no-competir" firmado 15 días después del contrato inicial, no tiene consideración nueva y por lo tanto es inválido.
Bajo *Engineering Associates, Inc. v Pankow* (1966) 268 NC 137, 150 SE2d 56, la Corte desestimó la validez de un contrato de "no-competir" firmado tres años y medio después de haberse iniciado la relación laboral, en el marco de una situación donde el empleador no produjo ninguna circunstancia diferente que podría haber motivado al empleado a firmar el nuevo contrato de no-competir.
En el caso de *Mail-Well Envelope Co. v Saley* (1972, Or) 497 P2d 364, en cambio, la Corte asumió que un contrato de no-competir firmado tres meses después de haberse iniciado la relación laboral, era vinculante, porque el empleador prometió un incremento salarial al empleado a cambio de que el empleado prometa no competir con el empleado al final de la relación laboral. Ese incremento salarial calificó como una nueva consideración.
En el caso de *W N O W, Inc. v Barry* (1963, Pa) 77 York 174, la Corte expresó que un contrato firmado por un empleado siete días después del inicio de la relación laboral no era vinculante porque el empleado no obtuvo nada nuevo o diferente de lo que ya tenía antes.
En *Consolidated Home Furnishing Co. v Getson* (1951) 80 Pa D & C 488, un acuerdo de no competir firmado tres días antes de que el empleador firmara un acuerdo colectivo con el sindicato (por medio del cual se comprometía a brindar beneficios a todos los trabajadores), la Corte concluyó que los beneficios del nuevo contrato colectivo eran los mismos que los del anterior contrato

En efecto, en otras Cortes, el caso de no reconocer como válida consideración "la continuación del empleo" va más allá en el sentido de ver un incremento en el salario, o un bono adicional. Estas cortes creen que la continuación del empleo es una consideración ilusoria por cuanto el empleador mantiene su poder de despedir al empleado en cualquier momento. *George*

---

colectivo, es decir, que los beneficios al empleado eran los mismos que los que el empleado tenía al momento de firmar el acuerdo de no-competir.

En *Schneller v Hayes* (1934) 176 Wash 115, 28 P2d 273, la Corte sostuvo que un contrato de no competir ejecutado tres semanas después de iniciar el vínculo laboral, no era vinculante toda vez que el empleador no ofreció nada nuevo al empleado.

En *Seaboard Industries, Inc. v Blair* (1971) 10 NC App 323, 178 SE2d 781, el caso fue un poco similar, pero con algunas diferencias que resaltar. En este caso el acuerdo de no competir fue firmado dos meses después de iniciado el vínculo laboral, pero la Corte resalto que dicha cláusula de no competir estaba relacionada con el acuerdo inicial porque no se había firmado en la fecha del inicio de la relación laboral solamente porque el empleador estaba esperando que los índices de las acciones subieran para que el empleado tuviera un beneficio mayor.

En *Ikon Office Solutions, Inc. v. Dale*, 170 F. Supp. 2d 892 (D. Minn. 2001), aff'd, 22 Fed. Appx. 647 (8th Cir. 2001), la Corte consideró que una cláusula de no competir no podía ser vinculante cuando –pese a que la cláusula especificaba que no debería competir en un área de 75 millas del centro laboral y por el espacio de un año- no hubo beneficio adicional o consideración.

En *Freeman v Duluth Clinic, Ltd.* (1983, Minn) 334 NW2d 626, el contrato de no competir firmado por un médico a favor de su empleador (una clínica) fue considerado inválido porque ese contrato era idéntico al contrato laboral inicial firmado dos años atrás, de modo que adolecía de consideración.

En *National Recruiters, Inc. v Cashman* (1982, Minn) 323 NW2d 736, un empleador no pudo demandar a cuatro ex –empleados y obligarles a respetar la cláusula de no competir, en circunstancias en las que el acuerdo de no competir no era anejo al contrato inicial y fue firmado sin tener ninguna consideración nueva.

En el caso de *Calhoun v. WHA Medical Clinic*, PLLC, 632 S.E.2d 563 (N.C. Ct. App. 2006), cuando una relación laboral es fija e iniciada, todo acuerdo de no competir posterior al nacimiento de la relación laboral tiene que estar sustentada por una nueva consideración. Lo mismo sucedió en *Precision Walls, Inc. v. Servie*, 568 S.E.2d 267 (N.C. Ct. App. 2002), *Forrest Paschal Machinery Co. v Milholen* (NC App) 220 SE2d 190, *Mastrom, Inc. V. Warren*, 18 NC App 199, 196 SE2d 528.

Sin embargo, en el caso de *Bouska v. Wright* (1980) 49 Or App 763, 621 P2d 69, una cláusula de no competir ejecutada tres días después de firmado el acuerdo inicial fue considerada válida porque era contemporánea a la firma del acuerdo inicial, en cuyo caso la consideración del acuerdo inicial se extendió a la cláusula de no competir.

Bajo *Gagliardi Bros., Inc. v. Caputo* (1982, ED Pa) 538 F Supp 525, una cláusula de no competir firmada cuatro años de iniciada la relación laboral, fue declarada inválida por no contar con nueva consideración. Similarmente a *Burroughs Corp. v. Cimakasky* (DC Pa) 346 F Supp 1398.

En *M. S. Jacobs & Associates, Inc. v Duffley*, 452 Pa 143, 303 A2d 921, § 7, en el caso de un contrato laboral ejecutado oralmente sin contener ninguna cláusula de no competir, y luego donde se ejecutó un contrato escrito, mucho tiempo después del contrato laboral inicial, que contenía una cláusula de no competir, la Corte declaró inválida dicha cláusula de no competir por carecer de consideración nueva. *George W. Kistler, Inc. v O'Brien* (Pa) 347 A2d 311.

En casos donde el acuerdo de no competir fue firmado uno o dos años después del acuerdo inicial, muchas Cortes encontraron que no había suficiente consideración para el nuevo acuerdo y por ende resultaba ser inválido. *Perthou v. Stewart* (1965, DC Or) 243 F Supp 655; *Kadis v. Britt (*1944) 224 NC 154, 29 SE2d 543, 152 ALR 405; *McCombs v. McClelland* (1960) 223 Or 475, 354 P2d 311; *Capital Bakers, Inc. v. Townsend* (1967) 426 Pa 188, 231 A2d 292; Cundiff v. Ertl (1939, Pa) 47 Dauph Co 440; *Consolidated Home Furnishing Co. v. Getson* (1951) 80 Pa D & C 488, supra § 3[a]; *National Starch & Chemical Corp. V. Snyder* (1964) 34 Pa D & C2d 533.

Asimismo, muchas Cortes siguen manteniendo que un acuerdo posterior al contrato primigenio, debe tener nueva consideración y no retrotraerse a la consideración del contrato inicial y extenderla como goma de mascar al nuevo acuerdo de no competir. *Nucor Corp. v. Bell*, 482 F. Supp. 2d 714 (D.S.C. 2007); *Glisson v. Global Sec. Services*, LLC, 287 Ga. App. 640, 653 S.E.2d 85 (2007); *Mid-Town Petroleum, Inc. v. Gowen* (1993, 1st Dist) 243 Ill App 3d 63, 183 Ill Dec 573, 611 NE2d 1221, § 7; *Insurance Agents, Inc. v. Abel* (1983, Iowa App) 338 NW2d 531.

Algunas cortes creen que el "continuación del empleo" puede constituir nueva consideración para el nuevo acuerdo. Por "continuación del empleo" se entiende la situación en la que el empleador renuncia a ejercer su derecho a despedir al empleado a cambio de que el empleado prometa no competir. Sin embargo, la continuación del empleo no es aceptada como consideración en muchas cortes, como, por ejemplo: *IKON Office Solutions, Inc. v. Belanger*, 59 F. Supp. 2d 125 (D. Mass. 1999); *Cox v. Dine-A-Mate*, Inc., 501 S.E.2d 353 (N.C. Ct. App. 1998); Morgan *Lumber Sales Co. v. Toth*, 41 Ohio Misc 17, 70 Ohio Ops 2d 33, 321 NE2d 907; *Gagliardi Bros., Inc. v. Caputo* (1982, ED Pa) 538 F Supp 525 (applying Pa law); *re Verdi*, 244 B.R. 314 (Bankr. E.D. Pa. 2000; Sysco Corp., *Sysco Food Services-Horseheads Div. v. Maines Paper & Food Service*, Inc., 254 A.D.2d 611, 679 N.Y.S.2d 175, 14 I.E.R. Cas. (BNA) 847 (3d Dep't 1998); *Maintenance Specialities, Inc. v. Gottus*, 455 Pa 327, 314 A2d 279; George W. Kistler, Inc. v O'Brien (Pa) 347 A2d 311, § 3[a].

W. Kistler, Inc. v. O'Brien (Pa) 347 A2d 311, § 3[a]; *Poole v. Incentives Unlimited, Inc.*, 338 S.C. 271, 525 S.E.2d 898, 15 I.E.R. Cas. (BNA) 1487 (Ct. App. 1999).[1272]

Bajo las leyes de Nueva York, dentro de la doctrina de que el empleado elige, el acuerdo de no competir es válido si existe la voluntad del empleador de continuar empleando a los empleados por un periodo substancial de tiempo. *Morris v. Schroder Capital Mgmt. Intern*., 445 F.3d 525 (2d Cir. 2006). En Virginia, el empleo continuado brindado por el contratista fue asumido como consideración, *Phoenix Renovation Corp. v. Rodriguez*, 461 F. Supp. 2d 411 (E.D. Va. 2006)[1273].

[1272] En otros casos, el caso de continuación del empleo es considerado como una consideración valida en casos donde el empleado iba a ser despedido en caso de que no firmara el acuerdo, o en casos donde el empleado permaneciera en el empleo por un período substancial de tiempo después de la firma del acuerdo. *Mattison v. Johnston* (1986, App) 152 Ariz 109, 730 P2d 286; *Curtis 1000 v. Suess* (1994, CA7 Ill) 24 F3d 941, 9 BNA IER Cas 942 (applying Illinois law); *Abel v. Fox* (1995, 4th Dist) 274 Ill App 3d 811, 211 Ill Dec 129, 654 NE2d 591; *Ackerman v Kimball Int'l* (1995, Ind) 652 NE2d 507, *Ackerman v. Kimball Int'l* (1994, Ind App) 634 NE2d 778; *Brignull v. Albert* (1995, Me) 666 A2d 82, 11 BNA IER Cas 319; *Robert Half Int'l, Inc. v. Van Steenis* (1991, ED Mich) 784 F Supp 1263, 1992-2 CCH Trade Cases 69948 (applying Mich law); *Camco, Inc. v. Baker*, 113 Nev. 512, 936 P.2d 829, 12 I.E.R. Cas. (BNA) 1525 (1997); *Zellner v. Stephen D. Conrad, M.D., P.C.* (1992, 2d Dept) 183 App Div 2d 250, 589 NYS2d 903, 8 BNA IER Cas 4; *Copeco, Inc. v. Caley* (1992, Stark Co) 91 Ohio App 3d 474, 632 NE2d 1299, motion gr 67 Ohio St 3d 1419, 616 NE2d 502 and app dismd 69 Ohio St 3d 79, 630 NE2d 662; *Currie v International Telecharge, Inc.* (1986, Tex App Dallas) 722 SW2d 471; *Credit Bureau Management Co. v. Huie* (1966, DC Ark) 254 F Supp 547; *Daughtry v. Capital Gas Co.* (1969) 285 Ala 89, 229 So 2d 480; *Roessler v. Burwell* (1934) 119 Conn 289, 176 A 126; *Tasty Box Lunch Co. v Kennedy* (1960, Fla App) 121 So 2d 52; *McQuown v. Lakeland Window Cleaning Co.* (1962, Fla App) 136 So 2d 370; *Breed v National Credit Asso.* (1955) 211 Ga 629, 88 SE2d 15; *Thomas v. Coastal Industrial Services, Inc.* (1959) 214 Ga 832, 108 SE2d 328; *Frierson v Sheppard Bldg. Supply Co.* (1963) 247 Miss 157, 154 So 2d 151; *Credit Rating Service, Inc. v. Charlesworth* (1939) 126 NJ Eq 360, 8 A2d 847; *Bettinger v. North Ft. Worth Ice Co.* (1925, Tex Civ App) 278 SW 466; *McAnally v. Person* (1933, Tex Civ App) 57 SW2d 945.

[1273] Casos similares *Affiliated Paper Cos. v Hughes* (1987, ND Ala) 667 F Supp 1436; *Balasco v. Gulf Auto Holding, Inc.*, 707 So. 2d 858 (Fla. Dist. Ct. App. 2d Dist. 1998); *Systemax, Inc. v. Schoff*, 972 F. Supp. 439 (N.D. Ill. 1997*); Corroon & Black, Inc. v Magner* (1986, 1st Dist) 145 Ill App 3d 151, 98 Ill Dec 663, 494 NE2d 785; *Barnes Group, Inc. v O'Brien* (1984, ND Ind) 591 F Supp 454; *Leatherman v Management Advisors, Inc*. (1983, Ind) 448 NE2d 1048*; Iowa Glass Depot, Inc. v. Jindrich* (1983, Iowa) 338 NW2d 376; *Farm Bureau Service Co. v. Kohls* (Iowa) 203 NW2d 209; *Louisville Cycle & Supply Co. v Baach* (Ky) 535 SW2d 230; *Simko, Inc. v. Graymar Co.* (1983) 55 Md App 561, 464 A2d 1104, cert den 298 Md 243, 469 A2d 452 and cert den 298 Md 244, 469 A2d 452 and cert den 298 Md 244, 469 A2d 452; *Wrenthan Co. v. Cann* (1963, Mass) 189 NE2d 559*; Sherman v. Pfefferkorn* (1922) 241 Mass 468; *Lowry Computer Products, Inc. v. Head*, 984 F. Supp. 1111 (E.D. Mich. 1997) (applying Michigan law); *Easy Returns Midwest, Inc. v. Schultz*, 964 S.W.2d 450, 13 I.E.R. Cas. (BNA) 1240 (Mo. Ct. App. E.D. 1998), transfer denied, (Mar. 11, 1998); *Reed, Roberts Associates, Inc. v. Bailenson* (Mo App) 537 SW2d 238.

En Minnessota el empleador debe demostrar haber brindado nuevos y reales beneficios al empleado, *Ikon Office Solutions, Inc. v. Dale*, 170 F. Supp. 2d 892 (D. Minn. 2001), aff'd, 22 Fed. Appx. 647 (8th Cir. 2001) . O También existe consideración cuando un contratista es cambiado a empleado por un año, *Port-A-Pit, Inc. v Gerhart* (1992, BC MD Fla) 138 BR 624; *Weseley Software Development Corp. v. Burdette*, 977 F. Supp. 137 (D. Conn. 1997); *Criss v. Davis, Presser & LaFaye*, P.A., 494 So. 2d 525 (Fla. Dist. Ct. App. 1st Dist. 1986).

Hay otros casos donde el empleado o contratista se compromete no solo a no competir con el empleador, sino también a no revelar información que es propiedad del empleador por un período de tiempo, *Research & Trading Corp. v. Powell* (1983, Del Ch) 468 A2d 1301.

Algunas cortes encontraron que existía adecuada consideración cuando el empleado firmaba un acuerdo de no competir después de que la relación laboral inició, siempre y cuando el empleador haya prometido emplear al trabajador por tres años, en cuyo caso dicha continuación del trabajo constituyó adecuada consideración, *Scherer v Rockwell Int'l Corp.* (1991, ND Ill) 766 F Supp 593, 56 BNA FEP Cas 215, 6 BNA IER Cas 1162.

En otras instancias, una corte encontró que el acuerdo de no competir por parte de un empleador que volvió a contratar a un empleado que había sido despedido, era suficiente consideración, *4408, Inc. v. Losure* (1978, Ind App) 373 NE2d 899.

5.3. Modificaciones de los contratos de venta de bienes sin necesidad de nueva consideración

La práctica de requerir de consideración para modificar contratos de servicios no corrió la misma suerte en los contratos de venta de bienes donde la consideración no es necesaria para validar una modificación contractual. Por ejemplo, la sección 2-209 del Código Unificado de Comercio (Uniform Commercial Code, "U.C.C."), desde 1940, rescata este principio para los contratos de venta de bienes solamente. En efecto la sección 2-209(1) establece que:

> Un acuerdo modificando un contrato dentro de esta sección no requiere consideración para ser válida.[1274]

Esta sección representa un rechazo unánime y nacional a la regla de la obligación preexistente. Asimismo, los contratos de alquiler de bienes no requieren de consideración para modificarse, desde 1987. De la misma forma este rechazo legislativo se amplió a las ventas internacionales en 1988 mediante la Convención Internacional de Venta de Bienes.

Entonces si la consideración se prescindió para este tipo de contratos, la intención o la voluntad común y consensuada tomó el lugar de la consideración.

La génesis de esta tendencia en contra de la necesidad de la consideración para modificar los contratos sobre bienes comenzó con la jurisprudencia y algunas renovaciones legislativas.

El U.C.C. adoptó la teoría de sustituir la consideración como elemento esencial para la modificación de un contrato de venta de bienes, con tal que exista solamente buena fe. La filosofía y lógica detrás de esta postura se da en la necesidad de agilizar el comercio y deshacerse de tecnicalidades[1275] que entrampan las fuerzas comerciales.[1276] La génesis doctrinal de esta reforma se funda en la casuística y algunas reformas estatutorias a la regla de la obligación pre-existente[1277],

---

[1274] UCC (Código Unificado de Comercio) sección 2-209(1)

[1275] Por otro lado, Ashley expresa escepticismo sobre la utilidad de la doctrina de la consideración. El autor argumenta que es una tecnicidad innecesaria y que a menudo conduce a la injusticia. El autor incluso sugiere que la doctrina debería ser abolida. (Ashley, C. (1913). The Doctrine of Consideration. *Harvard Law Review, Vol. 26, No. 5,* pp. 429-436). En el mismo sentido, Leibman menciona que la teoría de la consideración es demasiado estrecha y oculta otras consideraciones para imponer la responsabilidad contractual, como la equidad. Además, puede dañar la credibilidad judicial cuando los tribunales utilizan el principio del intercambio para ocultar la verdadera base de sus decisiones. (Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev. 1465*, pp. 1508-1510).

[1276] U.C.C. § 2-209 cmt, 1. Ver U.C.C. § 2-209 (2), (3)

[1277] Para Bowers, la teoría de la consideración, específicamente la rama de la "regla del deber preexistente", dificultaba la ejecución de modificaciones eficientes en los contratos. Además, la rama de la "promesa ilusoria" dificultaba la creación de contratos

como por ejemplo el Código Civil de California §§ 1524, 1541, 1697 (West 1954); Michigan Comp. Laws Ann. § 566.1 (West 1967); N.Y. General Obligation Law § 5-1103 (McKinney 1964); Código Anotado de Virginia § 11-12 (Michie 1950); Código Anotado de Georgia § 20-1204 (1960); Me. Rev. Stat. Ann. tit. 14, § 155 (West 1955); North Carolina General Statutes § 1-540 (1953).

El UCC adoptó la visión encarnada en el caso *Rye v. Phillips*, 282 N.W. 459, 460, 203 Minn. 567 (Minn. 1938), donde la consideración es dejada del lado como un obstáculo técnico que no puede entrampar la fuerza negocial de la modificación consensual de los contratantes[1278]. Y es este "intento" suplantatorio de la consideración el que fue asumido anteriormente en otro caso de New Hampshire denominado *Frye v. Hubbell,* 68 A. 325, 74 N.H. 358 (N.H. 1907), donde la Corte sostuvo claramente que "no existe mejor guía para la determinación de los derechos de las partes" a la modificación que "la intención", o sea la voluntad consensual.

Entonces las Cortes se convierten en policías de las modificaciones contractuales desde que ahora la consideración ya no es esencial[1279]. Esta liberalización de la regla de la obligación preexistente hizo que el Segundo Código (Restatement) reconociera curas excepcionales, sin necesidad de recurrir a la consideración, para casos de la confianza o credulidad ("reliance") o circunstancias no anticipadas. En este último caso, de circunstancias no anticipadas, la Sección 89(a) establece que las modificaciones deben ser "justas y equitativas" y en su comentario (b) requiere una razón objetivamente demostrable para buscar la modificación.

Los redactores del Segundo Código de los Contratos (de 1979) reconocieron otra excepción a la regla de la obligación preexistente en la Sección 89(a) para casos sobre circunstancias imprevistas. En el primer código no existió una sección equivalente a la del 89(a). Además, en el

---

ejecutables con una asignación eficiente de incertidumbres de cantidad. (Bowers, J. (2005). Poke Your Nose into Your Clients' Businesses (If You Want to Understand Their Contracts). *57 Me. L. Rev. 39,* pp. 44-46).

[1278] Bane aborda la historia del Código Comercial Uniforme (Uniform Commercial Code). Comienza con la sugerencia de William A. Schnader en 1940 de crear un "gran código comercial uniforme" para modernizar y codificar la ley comercial. Luego, describe el proceso de redacción, que comenzó en serio en 1945 y se completó en 1951. También se discute el debate sobre si presentar el Código al Congreso o buscar su promulgación a nivel estatal.
Aunque el autor detalla la historia del Código Comercial Uniforme, no menciona específicamente la historia de la "consideración". Sin embargo, menciona que el Código se introdujo en 1953 en varios estados, que surgieron objeciones y que el Código fue revisado en 1957. También se habla sobre el establecimiento de la Junta Editorial Permanente en 1961 para mantener una revisión constante del Código. (Bane, C. (1983). From Holt and Mansfield to Story to Llewellyn and Mentschikoff: The Progressive Development of Commercial Law. *University of Miami Law Review, 37(5),* pp. 372-376).

[1279] Siprut señala que la doctrina de la consideración no logra asegurar la deliberación, como se supone que debería. También argumenta que no es justo controlar las promesas gratuitas por prudencia, mientras que las promesas resultantes de un acuerdo no están sujetas al mismo escrutinio. (Siprut, J. (2003). The Peppercorn Reconsidered: Why A Promise to Sell Blackacre for Nominal Consideration Is Not Binding, But Should Be. *97 NWULR,* pp. 1809 y ss.).

Segundo Código la regla de la obligación preexistente está dividida en dos secciones (sección 73 y 89) toma en cuenta muchos aspectos en sus subsecciones que resultó en una aplicación desigual.

La Sección 89 (a) del Segundo Restatement[1280] establece: "Una promesa que modifica un deber en virtud de un contrato no cumplido en su totalidad por cualquiera de las partes es vinculante: a. si la modificación es justa y equitativa en vista de circunstancias no previstas por las partes cuando se celebró el contrato."[1281]

El texto de la Sección 2-209 no hace mención a la buena fe, aunque su comentario segundo establezca que haya buena fe como requerimiento para dar una "legítima razón comercial", y luego menciona que entre los comerciantes la observancia del trato justo en el comercio es necesaria, lo que "podría" requerir dar una razón objetivamente demostrable para buscar una modificación.

Entonces vemos un pequeño contraste. En la Sección 89 del Segundo Código (Restatement) de los Contratos, las circunstancias no anticipadas y la confianza ("reliance"), cumplen el mismo papel que cualquier razón comercial legítima del U.C.C. para modificar un contrato de venta de bienes. Es así que la Sección 89(a) del Segundo Código (Restatement) incluye una obligación positiva del demandante (en el ámbito judicial) de establecer que la modificación fue justa y equitativa. Sin embargo, en la Sección 2-209 del UCC, el problema de la buena fe no era aludido (aun cuando los hechos no sugieran un muy buen motivo para la modificación) a menos que alguna de las partes alegara mala fe en el contrato.

La Comisión de Leyes Estatales Uniformes redactó una revisión de la Sección 2-209(a) U.C.C. en 1998, en la nota uno, expresamente añadió dentro del estatuto propuesto que una modificación contractual debe ser hecha "en buena fe", con la finalidad de despejar comentarios de que la modificación del contrato no es más que la ejecución de un contrato bajo el requerimiento de la buena fe de la Sección 1-203[1282].

[1280] Second Restatement of Contracts [SRC]. § sección 89(a). 1981. (EE.UU.)

[1281] Según la Sección 89(a) del Segundo Resumen de Contratos, la modificación contractual no requiere nueva consideración en circunstancias imprevistas. Sin embargo, la mayoría de los casos han requerido consideración, con excepciones como *Watkins v. Carrig*, 91 N.H. 459, 21 A.2d 591, 593 (1941), donde se abordó la modificación sin consideración. Esto resalta la eficiencia del Promissory Estoppel (PE) en comparación con la RINP, ya que el PE puede abordar cambios inesperados o promesas que alteran la posición de una parte, mientras que el RINP se enfoca en la ruptura de la obligación de negociar de buena fe, no en situaciones contractuales imprevistas.

[1282] U.C.C. § 1-203 Cada contrato u obligación dentro de este Acto impone una obligación de Buena fe en su ejecución o desenvolvimiento. "Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement."

En cambio, en la revisión de la Comisión del año 2000, aun cuando la Sección 2-209(a) siga manteniendo su lectura primigenia sin ninguna referencia a la buena fe, en el comentario dos, los redactores establecieron que una modificación tendría que ser hecha de buena fe, rechazando el argumento que la modificación cayera dentro de los trebejos del "desenvolvimiento o ejecución" de la Sección 1-203.

Esta condición de que los contratos de venta de bienes tengan que ser modificados con buena fe, no desdice para nada la filosofía entrañable que circula en su lógica fontanal, cual es que la intención de las partes sustituye toda necesidad de un tecnicismo desechable como la consideración. Es más, en muchas jurisdicciones, como por ejemplo en Nueva York, tanto los contratos de venta de bienes como los contratos de servicios pueden modificarse sin necesidad de consideración, siempre y cuando la modificación sea hecha por escrito. De esta forma, en Nueva York, el documento escrito asume el papel de la consideración, la misma que es prescindida en este tipo de contratos. Bien sabemos que, a nivel federal, los contratos de bienes de servicios siguen conservando la regla de la obligación preexistente, la misma que señala que los contratos de servicios no pueden ser modificados si no existe consideración nueva; sin embargo, esta regla de la obligación preexistente está dejándose de lado por algunas jurisdicciones como Nueva York, por ejemplo.

En los casos de contratos de construcción, cualquier modificación del mismo debe ser basado en una nueva consideración, es decir, basarse en otro intercambio y no en el original. Esto se debe, a que el *common law* trata de evitar los abusos de los contratistas frente a circunstancias imprevistas. Es que este principio está basado en el principio de que las promesas deben respetarse y cumplirse, y también está basado en el otro principio que establece que la voluntad en el contrato debe ser dad de manera libre y sin coerción.

Estos principios los encontramos en plena actuación en el caso *Lingenfelder v. Wainwright Brewery Co.,* 15 S.W. 844 (Mo. 1891), en el cual un arquitecto fue contratado para realizar los diseños de una construcción, y supervisas dicha construcción. En la mitad del trabajo el arquitecto amenazó con detener el proyecto y demandó pagos adicionales. La Corte rechazó tales demandas por carecer de nueva consideración. Lo que la Corte estaba pensando es que el objeto del contrato original todavía seguía vinculante, y que la demanda de más dinero carecía de lugar porque dicha

demanda estaba basada en el objeto vinculante. Las demandas nuevas constituyen un *nudum pactum*, donde la Corte lo considera incorrecto.

De igual manera, en el *common law*, cuando un contratista se ha obligado a efectuar una obra bajo un presupuesto acordado, cualquier trabajo adicional será asumido por el contratista. Por ejemplo, en el caso de *Stees v. Leonard*, 20 Minn. 494 (1874), cuando un contratista prometió realizar una obra, cualquier gasto extra causado por condiciones no previstas, serán asumidas por el contratista. Con este criterio se pretende obligar al contratista a hacer presupuestos del trabajo más detallados.

Sin embargo, esta rigidez del principio de la obligación preexistente, fue corregida por las cortes. El problema es que en muchas oportunidades existen circunstancias imprevistas e insospechadas al momento de contratar. El hecho de respetar el contrato original y cargar sobre los hombres del contratista con cualquier circunstancia insospechada sin posibilidad de exigir un aumento de dinero, constituiría no solamente injusto sino también enriquecimiento ilícito por parte del promisor. En efecto, el Restatement 2do de los Contratos §89 (a)(1981) establece que un contrato no cumplido totalmente por ninguna de las partes puede ser modificado si es justa dicha modificación en vista de circunstancias imprevistas no anticipadas por las partes cuando el contrato fue ejecutado[1283].

Con esto queda entendido que el *common law* se adapta a las exigencias de la sociedad y del tiempo. Los principios no quedan congelados, sino que son modificados no solamente por las exigencias de la misma sociedad, sino también por mandatos que emanan de valores como la justicia y la equidad.

Con esta solución se evitan los abusos que podrían generarse si solamente la fría norma es aplicada (preexistente obligación). La Asociación Americana de Arquitectos, las Regulaciones de Adquisiciones Federales, y el Comité del Colegio de Ingenieros en para Contratos conjuntos, incluyó una cláusula en los contratos con entidades gubernamentales federales, donde dicha cláusula impone en el dueño de casa parte del peso en el caso de que el contratista encontrara situaciones inesperadas a la mitad de ejecución del contrato.

[1283] American Law Institute. (1981). Sección 89: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance. In Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]. A promise modifying a duty under a contract not fully performed on either side is binding (a) if *the modification is fair and equitable* in view of circumstances not anticipated by the parties when the contract was made…"

De la misma manera podemos observar este principio en plena acción en el caso *Servidone Construction Corp. v. United States,* 19 Cl. Ct. 346 (1990), aff'd, 931 F.2d 860 (Fed. Cir. 1991). En este caso el Gobierno de los EE.UU. contrató con la empresa constructora Servidone para edificar un reservorio. El precio pactado fue de $25 millones de dólares ($3 millones menos de lo que el gobierno tenía proyectado). En medio del trabajo, Servidone encontró que el suelo no era el que parecía ser, y la constructora tuvo que utilizar maquinarias que demandaron un gasto mucho más caro que el precio que tuvo en mente al momento de contratar. El gobierno se negó a reformar el contrato o a añadir ningún dinero.

Servidone arguía que la condición del suelo era más húmeda que la indicada en el contrato y que en realidad el suelo era de Tipo I, cuya condición en realidad difería mucho de lo que pudo inferirse explícita o implícitamente en el contrato. Aún los expertos del gobierno aceptaron que la arcilla que encontraron en ese terreno era más dura que la encontrada en terrenos similares. Incluso la Corte se avocó en examinar cómo Servidone había llegado realizado la examinación del terreno antes de manifestar la oferta. La Corte concluyó que Servidone no actuó irrazonablemente en preparar su oferta, y concluyó que Servidone puede recobrar por las condiciones encontradas que no pudieron ser razonablemente anticipadas.

Por esta razón, la mayoría de los contratos llevan una cláusula que se llama "cláusula de condiciones de suelo diferentes," que lo que hace es estimular a que los contratistas ofrezcan ofertas bajas, y que los dueños paguen lo justo y lo acordado (Beh. 1997, p. 130-132).

Con esta cláusula los dueños de casa ya no tendrán un beneficio adicional como producto de la aplicación del principio del *pre-existing duty rule* del *common law*, antes, al contrario, el riesgo de pérdida será asumido por el dueño de la propiedad, todo ello con el fin de evitar enriquecimiento injusto. Con este criterio, se estimula al dueño de la propiedad a descubrir al contratista cualquier defecto que está latente y que el dueño se la propiedad sabe, pero decide omitir. En este caso, ya tendrá menos motivación para omitir tal información, y, al contrario, proporcionará toda la información adecuada para que se realice la obra a un precio justo. Sin embargo, hay algunos problemas: 1) el dueño de la obra asume un costo mayor al inicialmente presupuestado, 2) los contratistas realmente éticos y que no disfrazan sus números, son rechazados, mientras que los más deshonestos disfrazan sus cifras con la esperanza de sincerar las cifras

posteriormente y hacer que el dueño de la propiedad asuma ese costo adicional (Beh. 1997, p. 144.)

Pero los dueños de propiedades no están tan inclinados en conservar una buena relación profesional con los constructores (como sí lo están las constructoras con respecto a su relación con el gobierno federal), de modo que el principio del *common law* sigue funcionando para los dueños de propiedades (donde el contratista asume el riesgo y costo de una situación inesperada), pero el gobierno federal usa mejor el sistema de la cláusula (donde el contratista asume el riesgo de la situación inesperada), porque tiene más herramientas para controlar y monitorear el contrato (e incluso para litigar controversias).

5.4.- ¿Podría la consideración convivir con el detrimental reliance?: Sección 75 vs. Sección 90 del Segundo Restatement

Según Gilmore (1974) la teoría de la consideración va de la mano con la teoría del contrato basado en la teoría liberal del libre mercado. Ambas teorías, la del mercado libre y la del contrato, son concebidas a partir de considerar al hombre como un sujeto independiente y libre capaz de tomar decisiones independientes. (p. 7)

La figura de la consideración responde a las teorías del "intercambio", la "contraprestación" o del "negocio". En una economía de mercado, donde los bienes y los servicios son libremente intercambiados, el negocio, o la negociación de los bienes o servicios son transferidos libremente. Ese intercambio es la norma social que responde a la teoría de una economía de mercado. Ese intercambio comercial se produce en el marco de una economía libre de mercado. En contraparte, el intercambio de bienes y servicios en una economía controlada como en la ex-Unión Soviética, por ejemplo, el intercambio de bienes o servicios no se produce dentro de un marco liberal, sino en un marco estatal donde el Estado prima y controla todos los intercambios.

Gilmore (1974) opina con respecto a los contratos:

> ¿De dónde vino esta curiosa –uno estaría tentado a decir monstruosa- maquinaria? Es justo decir que la teoría del contrato no vino como un resultado natural del desarrollo de los casos, de hecho, representó un quiebre con el pasado. Los inventores de la teoría no lo crearon totalmente de sus cabezas. De hecho, ellos hicieron un uso industrioso de pedazos

> de caos, viejos y nuevos, para crear tal teoría… la teoría fue desde sus orígenes, y durante toda su vida, una torre de marfil de abstracción. Su natural *habitat* fue las escuelas de derecho y no las cortes de derecho… el balance de ruedas de esta gran máquina fue la teoría de la consideración. (p. 19).

Sin embargo, la teoría de la consideración no cobró ningún significado sino hasta el siglo XIX (Kraus, 2008, pp. 159-160). Al final del siglo XVIII, Lord Mansfield propuso que, en el derecho inglés y el derecho civil, toda promesa seriamente hecha estaba sujeta a una teoría más amplia que podría llamarse causa invalidante o excusa del fraude, coacción, coerción y quizás cambio de circunstancias. Estas sugerencias fueron desestimadas a los 50 años de la muerte de Mansfield. Sin embargo, quedó el gusanito de la curiosidad perenne para dar vinculatoriedad a aquellas promesas donde el promitente experimentara un beneficio o el aceptante tuviera un detrimento[1284], y sobre la base de este beneficio-detrimento[1285] se basó la teoría de la consideración que giró en base a la teoría contractual[1286]. Pero lo que une al beneficio y al detrimento es la misteriosa frase de la inducción convencional recíproca, entre consideración y promesa, entre promesa y detrimento. Y esta *inducción convencional recíproca* tiene reminiscencia en la teoría de la causa clásica de Domat y Pothier del *civil law*, que no es más que un *quid pro quo*[1287].

La teoría del "negociación" o "bargain" fue amoldada por Holmes, como lo vimos anteriormente, quien define a la consideración como una acción o una promesa retornada que es "negociada" y sostiene que la acción o la promesa dada en retorno fueron "negociadas" si "fue perseguida por el promitente a cambio de su promesa y es dada por el aceptante a cambio de su promesa." (Kraus, 2008, pp. 159-160).

Para Gilmore (1974), tanto Holmes como Williston cometieron fraude al citar casos para dar soporte a sus teorías doctrinales que no tenían nada que ver con esos casos, y en algunos casos

---

[1284] Según Farber y Matheson el concepto de "detrimento" y "consideración" están históricamente vinculados, y que el énfasis del derecho contractual contemporáneo en el "acuerdo" fue una innovación posterior. (Farber, D., y Matheson, J. (1985). Beyond Promissory Estoppel: contract Law and The Invisible Handshake. *52 U. Chi. L. Rev.,* p. 914).

[1285] Para Linzer la regla de beneficio-detrimento no siempre es clara ni consistente, y puede ser difícil determinar si una promesa y un beneficio o detrimento están lo suficientemente relacionados como para constituir consideración. (Linzer, P. (2000). Teaching Important Contracts Concepts. *44 St. Louis U. L.J. pp. 1317* y ss.).

[1286] Con respecto a esta dinámica, Verkerke explica que: "Cuando las partes sienten la necesidad de negociar, es normalmente porque cada una espera obtener un beneficio que la otra parte considera un perjuicio. Por lo tanto, la existencia de una negociación generalmente implica la existencia tanto de un beneficio para el promisor como de un detrimento para el promisario" (Verkerke, J.H. (2012) *Contract Doctrine, Theory & Practice. Volume One.* Minnesota: The Center for Computer - Assisted Legal Instruction (CALI), p. 80).

[1287] En este aspecto, Arnold menciona que la doctrina de la consideración "nunca adquirió ni el estatus ni la claridad de la doctrina del quid pro quo" y que "no se desarrolló de manera muy elaborada en la ley medieval". (Arnold, M. (1976). Transcending Covenant and Debt. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. *85 Yale L.J.* pp. 998-999).

entraban en contradicción con dichas teorías. Es decir, Holmes y Williston trataron de objetivar bajo la teoría de la contraprestación (consideración) casos resueltos bajo la teoría subjetiva de los contratos (p. 45).

La teoría del intercambio de Holmes está incrustada en la sección 75 del Primer *Restatement* de los Contratos. El primer *Restatement* de los Contratos es la obra maestra de Corbin y Williston, quienes, pese a su diferencia de edad, temperamentos y planteamientos, lograron una amistad a lo largo de sus largas vidas; sin embargo, Holmes no participó en la redacción de este tratado. Gilmore. 1974, p. 66.

La sección 75 de los contratos en el Primer Restatement[1288] define la consideración como (a) un acto (que no sea una promesa) o (b) una omisión o (c) la creación, modificación o destrucción de una relación legal, o (4) la promesa en retorno, que sea negociada y dada a cambio de la promesa[1289].

En cambio, la sección 90 del Primer Restatement habla de otro tipo de consideración: del detrimental reliance[1290]. La sección 75 fue la creación de Williston (con clara influencia de Holmes); mientras que la sección 90 fue la creación de Corbin (inspirado en las opiniones de Cardozo) (Gilmore. 1974, p. 69).

Para Gilmore (1974), la teoría del *detrimental reliance* de la sección 90 es añeja a la teoría de la causa: "Corbin, quien había estado fuertemente influenciado por Cardozo, propuso a los redactores del Restatement lo que se podría llamar una definición Cardoziana de la consideración –amplia, vaga y, esencialmente, sin ningún sentido-, un equivalente en el *common law* de la causa…" (p. 69).

De modo que las figuras del "promissory estoppel" o "equitable estoppel" empezaron a proliferar a partir de las opiniones de Cardozo, y también a partir de la introducción de esta visión

[1288] Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. 1932. (EE.UU.)
[1289] Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. 1932. (EE.UU.)
[1290] Crousillac indica que, aunque no responde directamente a esta pregunta, menciona que la teoría de la confianza perjudicial tiene una "extensa historia" en Louisiana y que fue codificada en 1984. (Crousillac, T. (2016). Offer at Your Own Risk: Why Louisiana Employers Who Withdraw an Offer of Employment May Find Themselves Liable Under Civil Code Article 1967. Louisiana Law Review, Vol. 76., p. 941).

cardoziana de la consideración en la sección 90 de los Restatements[1291]. Así lo explica Gilmore (1974): "Y un atento estudio de los casos, llevará a cualquier estudioso a la conclusión sin esperanza, reforzada por el texto de la sección 90, que nadie tiene la menor idea de lo que la maldita cosa significó" (p. 71).

Es preciso aclarar que la teoría del "promissory estoppel" fue interpretada en un inicio para campear en situaciones no comerciales, mientras que posteriormente se expandió[1292] a situaciones "comerciales", como lo veremos posteriormente[1293].

Al final de su análisis, Gilmore (1974) cree que la figura del *promissory estoppel* de la sección 90 ha terminado por tragarse a la figura de la consideración de la sección 75: "Claramente la ambigüedad no resuelta en la relación entre la sección 75 y la sección 90 en el Primer Restatement ha sido ahora resuelta en favor del *promissory estoppel* de la sección 90, el que se ha tragado a la teoría del intercambio de la sección 75… Hablando descriptivamente, podríamos decir que lo que está pasando es que el contrato está siendo reabsorbido dentro de la corriente de los 'torts'" (p. 79)[1294].

Entonces en un inicio, observamos nosotros, en esta etapa de reabsorción de los contratos a los *torts* (teoría de daños o responsabilidad extracontractual), el beneficio conferido se apega más a la teoría del contrato, mientras que el *detrimental reliance* se apega a la figura de los *torts*.

Es necesario anotar que la figura del reliance salva a un acuerdo carente de contraprestación o consideración. En el *civil law*, si un acuerdo es carente de causa, el acuerdo resulta inválido; sin

[1291] Según Elgelskirchen la doctrina del estoppel promisorio surgió en respuesta a la insatisfacción con el modelo formalista del comportamiento humano y las limitaciones de la doctrina de la consideración. (Engelskirchen, H. (1997). Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy. *27 Seton Hall L. Rev.*, pp. 490 y ss.).

[1292] Farber y Mathison argumentan que la teoría de la consideración es inadecuada porque no toma en cuenta la importancia del beneficio económico para el promitente. Específicamente, discuten cómo los tribunales han expandido la noción de consideración para hacer cumplir promesas que no son negociadas, pero tampoco son gratuitas. (Farber, D., y Matheson, J. (1985). Beyond Promissory Estoppel: contract Law and The Invisible Handshake. *52 U. Chi. L. Rev.*, pp. 921-924).

[1293] Para Barnett, la principal crítica a la teoría de la consideración es que no tiene en cuenta los muchos casos en los que el estoppel promisorio se utiliza para hacer cumplir una promesa incluso en ausencia de un intercambio negociado. Esta crítica sostiene que el estoppel promisorio no se trata principalmente de compensar la confianza perjudicial (detrimental reliance), sino más bien de identificar factores que justifican la ejecución. (Barnett, R. (1996). The Death of Reliance. *46 J. Legal Educ., Georgetown University Law Center,* pp. 522-524).

[1294] En este sentido, Barnett señala que menciona que la "revolución de la confianza" en el derecho contractual no continuó en la década de 1980 y que la "muerte del contrato" fue muy exagerada. (Barnett, R. (1996). The Death of Reliance. *46 J. Legal Educ., Georgetown University Law Center,* p. 521.)

embargo, en el *common law*, si el acuerdo es carente de consideración, el *reliance* suplanta esa carencia. (Philippe. 2005, p. 392).

5.5.- El detrimental reliance como respuesta a las falencias de la consideración

Ante las falencias de la teoría de la consideración se levanta otra teoría que es la del detrimental reliance[1295], que básicamente consiste en que, si una parte confía en una representación hecha por otra y realiza gastos movido por la confianza a dicha representación, es sujeto de indemnización reparatoria.

En efecto, Fuller (1941) da una oportunidad a que el *detrimental reliance* ingresa por la ventana de la casa para desalojar la consideración por la puerta de la misma.

En la visión de Fuller de considerar a la consideración desde sus tres básicas funciones. Y es que Fuller parte del análisis de que todas las formalidades legales tienen tres funciones: 1) función de evidencia: la formalidad es la evidencia de la existencia del contrato en caso de una controversia; 2) función de prevención, por cuanto actúa en contra de actos inconsiderados, y por eso la exigencia de formalidades como el sello, o la notarización; y finalmente e) la función de organización por el cual las partes desean ser obligadas en base a forma fácilmente reconocibles. Ninguna de estas tres funciones parece ser exclusivo dominio de la consideración. (Fuller. 1941, p. 800.)

Asimismo, la formalidad debe ser reservada para relativamente importantes transacciones. (Fuller. 1941, p. 805.) De la misma forma, Fuller (1941) considera que la base de la vinculatoriedad contractual en la esfera privada se basa en el principio de la autonomía privada. (p. 809). Y luego Fuller se pregunta dónde se detendría el principio de autonomía privada si éste es extendido más allá del intercambio. Para Fuller (1980), el principio de la autonomía privada no es la fuente de la vinculatoriedad sustantiva de los contratos sino una teoría de la vinculatoriedad. Esto, obviamente, es contrario al pensamiento de Fried (1980) quien cree que la autonomía de la voluntad es la fuente misma de la vinculatoriedad y fuerza contractual y no solamente una teoría[1296]. Para Fried (1980),

[1295] Bellatine menciona que la "doctrina del quasi-estoppel" como una posible extensión de la doctrina de la consideración. (Bellatine, H. (1913). Is the Doctrine of Consideration Senseless and Illogical? Michigan Law Review, Vol. IX, No. 6, p. 425).

[1296] Por su parte, Atiyah argumenta que la teoría de la consideración, tal como la presenta Fried, no es tan coherente como la ley clásica. Específicamente, el autor cuestiona el uso que hace Fried de otros principios morales y legales para llenar los vacíos dejados por el principio de la promesa, lo cual, según el autor, socava la función excluyente de prometer. (Atiyah, P.S. (1981) Contract as

la expectativa, y no el reliance, es la base de la obligación, restándole fuerza al *reliance* y dándole vigencia a la promesa (p. 1864)[1297].

Entonces, Fuller (1941), pretende escaparse un poco de la esfera de la autonomía de la voluntad, para buscar otra base sustantiva de la vinculatoriedad contractual, encontrándola en el "reliance". Este reliance, lo explica bien Fuller (1941), no debe entenderse como la medida del daño ocasionado a una parte a consecuencia del incumplimiento contractual de la otra parte, sino la base sustantiva de la vinculatoriedad contractual (p. 810).

En este sentido, ¿cuál sería la relación entre el "reliance" y el principio de la "autonomía privada"? Fuller (1941) lo ve desde tres puntos de vista:

> 1. Hay casos donde el *reliance* es en sí una fuente de vinculatoriedad contractual sin necesidad de recurrir al principio de la autonomía privada.
> 2. En otros casos, el "*reliance*" entra en conflicto con el principio de la autonomía privada.
> 3. Y hay un tercer grupo de casos, en los cuales el "*reliance*" no se presenta compitiendo o desligándose de la autonomía privada, sino al contrario, el "*reliance*" se presenta colaborando, suplementado y reforzando al principio de la autonomía privada. (p. 811)

Es decir, para Fuller (1941), el "*reliance*" muchas veces se rebela contra la autonomía privada, otras veces la apoya, y muchas otras es independiente e indiferente a ella. (p. 811)[1298]

Pero más allá de esta clasificación, Fuller (1941) encuentra un caso en el cual el "reliance" conflictúa con el principio del intercambio. Es el caso de un tío que promete $1,000 a su sobrino, y su sobrino incurre en transacciones en "reliance" o confiando recibir esos $1,000 que de otra manera no habría incurrido. (p. 819)[1299]

Promise: A Theory of Contractual Obligation by Charles Fried. *95 Harv. L. Rev.* pp. 519-520). En el mismo sentido Barnett y Becker mencionan varios casos en los que el estoppel promisorio se utiliza para hacer cumplir una promesa cuando no hay consideración. Esto sugiere que la teoría de la consideración no siempre es suficiente para hacer cumplir una promesa y que el estoppel promisorio puede llenar esos vacíos. (Barnett, R. y Becker, M. (1987). Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations. *Hofstra Law Review*, 15(3), pp. 455-457).

[1297] Atiyah piensa que Fried tiene dificultades con la doctrina de la consideración, considerándola incoherente. Sin embargo, reconoce que, en la jurisprudencia, la teoría del trato de la consideración no siempre se sostiene, y que los tribunales a veces reconocen el principio de la promesa. Para Atiyah, Fried cree que los conflictos entre el principio de la promesa y la doctrina de la consideración eventualmente desaparecerán. (Atiyah, P.S. (1981) Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation by Charles Fried. *95 Harv. L. Rev.* pp. 511-512).

[1298] En este sentido, Barnett y Becker señalan que el estoppel promisorio se está convirtiendo en una "teoría independiente de recuperación." (Barnett, R. y Becker, M. (1987). Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations. *Hofstra Law Review*, 15(3), p. 444).

[1299] Leibman y Nathan argumentan que la consideración y el promissory estoppel están "separados" entre sí y que el estoppel promisorio es una de las dos "bases teóricas para hacer cumplir los convenios de no competencia después del empleo" que no se

En este caso, la Sección 90 del Segundo *Restatement* de los Contratos[1300], claramente especificaba que la promesa dada en un marco no negociado, o sea donde no haya un intercambio, no podrá ser vinculante. Sin embargo, algunas preguntas resultan a consecuencia del análisis de este caso: 1) ¿fue la promesa hecha solamente como una generosidad o un regalo, o surgió a consecuencia de un intercambio tácito?, 2) ¿se cumplieron algunas formalidades?, 3) ¿fue la promesa hecha expresa o implícitamente?, 4) después que la promesa fue hecha, ¿manifestó algo el aceptante al promitente con respecto a esta promesa?

Estos son algunas preguntas de situaciones en las cuales el contrato desaparece, pero la figura del *reliance* entra a tallar. Para Fuller (1941), el futuro del contrato no es promisorio, sino todo lo contrario, Fuller le augura un futuro no muy exitoso, y antes al contrario, cree encontrar futuro en el "reliance", pero en el *reliance* en el marco de situaciones donde no se ha producido un intercambio negociado. Esas situaciones del *reliance* en el marco de intercambios no negociados, o semi-negociados, representan para Fuller, la nueva base sustantiva de vinculatoriedad. (p. 823)

Para rematar, Fuller (1941) cree que "los problemas que la doctrina de la consideración intenta solucionar no pueden ser abolidos. Hay poco cuestionamiento de que estos problemas no reciben una apropiada solución en el complejo de la doctrina legal ahora agrupada bajo la rúbrica de consideración… Lo que necesita abolición no es la doctrina de la consideración sino una concepción del método legal que asume que la doctrina puede ser entendida y aplicada sin referencia a los fines a los que sirve. Cuando definamos la consideración en función de las políticas que la fundamentan el problema de adaptarla a nuevas condiciones se superará." (p. 824)

El caso-bandera del "promissory estoppel" lo encontramos en *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 3d 267, March 2, 1965,[1301] donde Hoffman confía en su detrimento comercial en las promesas que el manager *Red Owl Stores* le ofrecía a Hoffman cuando estaban en negociaciones para que Hoffman comprara una franquicia de esta cadena de tiendas. Este

basan en los "requisitos de la teoría clásica del intercambio". (Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev.,* pp. 1479 y ss.).

[1300] American Law Institute. (1981). Section 90: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance. In Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC].

[1301] Aunque este caso no fue seguido por otras cortes y distinguido por otras: fue no seguido por *Owasso Development Co. V. Associated Wholesale Grocers, Inc.,* 873 P. 2d. 212, Kan. App; *Prenger v. Baumbhoer,* 939 S.W. 2d 23, Mo. App. W.D.; y distinguido por *Pertzsch Design, Inc. v. Gundersen Lutheran Health System, Inc.* 647 F.Supp.2d 1064, W.D.Wis., y por *Townsend v. Neenah Joint School Dist.,* N.W.2d, Wis.App.

"reliance" obligó a que Hoffman no sólo cerrara su negocio sino también que se mudara a otra ciudad, ocasionando gastos y pérdidas que solamente fueron compensadas cuando la Corte se amparó en la Sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos, que dice que para evitar injusticias[1302] la parte afectada tiene derecho a un resarcimiento si "confió" en las promesas de la otra parte en detrimento propio.[1303]

Pryor (2005), piensa con respecto a las falencias de la teoría de la consideración:

> La ley estaría mejor si asumiría directamente problemas como el "*detrimental reliance*" (confianza o dependencia detrimental), o promesas ilusorias, mutualidad de la obligación, o la regla de una consideración moral o pasada como no consideración, la necesidad de una consideración separada para una acción, y la regla de la obligación preexistente. En vez de resolver estas situaciones con esta herramienta obtusa de la consideración, la ley sería más sana si desarrollase reglas apropiadas para cada grupo de problemas. Sin embargo, la doctrina de la consideración podría ser considerada como un sustituto áspero de la pregunta fundamental de la jurisdicción: ¿a qué tipo de acuerdos al gobierno civil provee un remedio? Tal vez la consideración algún día será reformulada en una base principista que provea un escalpelo por el cual las cortes puedan determinar que promesas caen dentro de la esfera de la ejecución civil. El próximo análisis puede apuntar a la dirección de tal reformulación. (p. 41)[1304].

De esta manera, la presencia de un sello[1305], la recitación de una consideración nominal[1306], la expresión de la intención de estar legalmente obligad[1307]o, o la creación de un acuerdo escrito firmado por ambas partes: promitente y aceptante. Tales situaciones cumplen las funciones evidenciaras, de advertencia y de organización.[1308]

[1302] Bajo la perspectiva de Barnett y Becker, el estoppel promisorio se utiliza para eludir algunos de los requisitos formales del derecho contractual, llenar vacíos donde el derecho contractual tradicional podría no ser capaz de hacer cumplir una promesa y evitar barreras para la responsabilidad contractual. (Barnett, R. y Becker, M. (1987). Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations. *Hofstra Law Review*, 15(3), pp. 446-496).

[1303] De otra parte, este caso es el que –según Fried- Atiyah ignora en su obra referida a los contratos en el common law británico y lo acusa de tener una concepción localista, porque Atiyah ignoró la importancia de este caso para el common law americano, especialmente desde la perspectiva de la aplicación de la sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos (Fried, C. (1980). The Rise and Fall of Freedom of Contract by P.S. Atiyah. *Harvard Law Review, 93,* 1858, p. 1980)

[1304] Ricks discute varias críticas a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que el concepto de "mutualidad de obligación" ya no es necesario ni útil en la jurisprudencia contemporánea. (Ricks, V. (1999). In Defense of Mutuality of Obligation: Why "Both Should Be Bound, Or Neither. *78 Neb. L. Rev., pp. 548-550).*

[1305] Engelskirchen argumenta que la consideración es una formalidad, como un sello, que identifica una intención de estar obligado. Se describe como una "mera tecnicidad" y además una "paternalista". (Engelskirchen, H. (1997). Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy. *27 Seton Hall L. Rev.,* pp. 490 y ss.).

[1306] Baron menciona que "los tribunales han visto con cierto escepticismo la doctrina de la 'consideración nominal', en la que la consideración se utiliza como una forma". (Baron, J. (1989). Gifts, Bargains, And Form. *64 Ind. L.J. 155, pp. 179-180).*

[1307]

[1308] Por su parte, la crítica a la teoría de la consideración a partir de la mirilla de Street puede muy bien ser aplicada también a la teoría de la causa: "Desde el principio puede notarse que los esfuerzos de los doctrinarios de formular una teoría de los contratos bilaterales a partir de líneas antiguas han sido infructíferos…. La mutualidad de la promesa da validez a ambos. La Ley simplemente reconoce un contrato consensual, donde la única condición es la el requisito de la mutualidad." (Lorenzen. 1919, p. 626. La noción

Pero en lo que respecta a la doctrina de obligación moral como suficiente consideración, ella data de 1782, en el caso de *Hawkes v. Saudners*, (1782, K.B.) 1 Cowp. 289, por unos cincuenta años, la suficiencia de la obligación moral para hacer cumplir un contrato fue reconocido en el *common law*. Bajo esta doctrina, los siguientes acuerdos tomaron el rango de contrato y se les hizo cumplir: 1) la promesa de una persona que haya culminado una bancarrota, de pagar a un acreedor cuya deuda haya sigo eliminada por la bancarrota; 2) la promesa de bajar una deuda nula por el período de prescripción; 3) la promesa de una persona adulta de pagar por una deuda incurrido en infancia que no tenía que ver con su sustento o alimentación; 4) la promesa de pagar intereses usurarios.

Sin embargo, esta doctrina de la obligación moral no fue asumida en los EE.UU.[1309]

de causa se encuentra definida en el Código Civil español, articulo § 1274: "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor. Esta noción de causa, se confunde o con el objecto o con el motive. Esta noción se utilizó por muy buen tiempo en el significado de consideración. El requisito en el *common law* de que un acuerdo para ser ejecutable debía o estar bajo sello o basarse en una consideración valiosa, es asentado a fines del siglo dieciocho. (Lorenzen, E. (1919). Causa and Consideration in The Law of Contracts. *Yale Law Journal*, *28*, *7*, 621-646, p. 636.)

[1309] En 1817 se dio un caso ejemplar: *Bentley v. Morse*, 14 Johns. (N.Y.) 468 (1817). El caso consistía en que un deudor que ya había pagado la deuda, tuvo que pagar por segunda vez después que el acreedor obtuvo una sentencia en su contra. Cuando el deudor informó al acreedor de lo ocurrido, el acreedor prometió devolver el segundo pago si el deudor la enseñaba el recibo de pago. Las Cortes sostuvieron que la obligación moral de devolver el dinero, hecha en la promesa del acreedor, era suficiente para accionar.

Algún sector criticó esta decisión en Bentley, sosteniendo que la obligación moral (asumida como consideración), debía estar asociada a un reclamo anterior, lo cual no era sino el ámbito de la doctrina del reclamo implícito.

Durante la segunda mitad del siglo XIX, el centro de atención estuvo en el beneficio anterior del promitente. Por ejemplo, en el caso de *Vermont Seymour v. Town of Marlboro*, 40 Vt. 171 (Vt. 1868), un residente descubrió una recompensa de $300.00 para enrolarse como voluntario en el Ejército. Una vez que estuvo enrolado, el residente reclamó la recompensa y la ciudad votó que era justo entregarle la recompensa toda vez que el residente atendió al deber patriótico de servir en el ejército.

Pero el primer caso ampliamente sustentado en la obligación moral pese a las objeciones de la obligación pasada fue *Drake v. Bell*, 26 Misc. 237, 55 N.Y.S. 945 (1899), en el que un contratista reparó una casa vacante incorrecta, pero el dueño de esa casa incorrecta prometió pagarle al contratista por el beneficio conferido.

Drake v. Bell representó el primer avance en contra de la tendencia adversa a los principios de la obligación moral como sustituto de la consideración. El Juez Gaynor distinguió el caso de la Corte de Massachusetts de 1825 *Mills v. Wyman*, 20 Mass (3 Pick.) 207 (1825), estableciendo una línea limítrofe entre ambos casos, ya que en Drake v. Bell el demandado promitente recibió el beneficio de la propiedad, pero en *Mills v. Wyman* el demandado era el padre de un hijo enfermo que prometió pagar por el cuidado de su hijo.

Adicionalmente, el Juez Gaynor distinguió el caso *Eastwood v. Kenyon*, 11 Ad. & El. 438, 113 Eng. Rep. 482 (1840), que era el caso que revertió las ideas de la obligación moral de Mansfield en Inglaterra. En este caso (Eastwood), el Juez Denman criticó la doctrina de la obligación moral haciendo añicos a Mansfield; pero el Juez Gaynor fue crítico con Denman.

5.6. Hacia una nueva teoría contractual de cara a la responsabilidad precontractual

A modo de conclusión preliminar, y adelantando el análisis del auge del *Promissory Estoppel* no solamente como sustituto[1310] de la consideración[1311] sino como herramienta independiente[1312] para resolver transacciones concomitantes con la inequidad e injusticia[1313], y al amparo del estudio de este presente capítulo, se hace necesario concluir que el sistema de responsabilidad contractual queda renovado y limitado.

A este respecto, Atiyah (1979) concluye:

> Puedo concluir sugiriendo que es claramente el momento oportuno para una nueva estructura teórica para el contrato, que lo sitúe de manera más sólida en asociación con el resto de la ley de obligaciones. La estructura conceptual actual de la ley, sugiero, sigue siendo esencialmente la del modelo clásico y, por las razones que he expuesto, ya no se ajusta al desarrollo de la ley ni a los sistemas de valores subyacentes a las ideas actuales. Esta nueva estructura debe, sugiero, descansar en los tres pilares básicos de la ley de obligaciones: la idea de recompensa por beneficio, la protección de la confianza razonable y la creación y extinción voluntaria de derechos y obligaciones.
>
> En el proceso de redibujar las categorías conceptuales de la ley, será inevitable descubrir que muchos de los problemas más importantes y difíciles en la ley surgen cuando hay conflictos entre estos tres conceptos básicos. ¿Deberían imponerse obligaciones cuando se otorgan beneficios sin consentimiento? ¿Debe protegerse la confianza cuando no hay beneficios mutuos? ¿Hasta qué punto, si es que se debe hacer, se deben crear o extinguir derechos basados únicamente en la intención o en la intención expresada, cuando no hay confianza ni beneficio alguno? Este nuevo enfoque también debe tener en cuenta los importantes problemas, hasta ahora descuidados, relacionados con las distinciones entre un consentimiento presente y futuro, un intercambio presente y futuro, y el papel probatorio y sustantivo de las promesas.
>
> Del mismo modo, el papel de las expectativas, su relación con las promesas y su importancia incluso cuando surgen sin promesas, deben ser reconsiderados. Además, en este nuevo enfoque se debe encontrar espacio para un análisis adecuado del grado en que

[1310] Mills considera que el estoppel promisorio a veces se considera un "sustituto de la consideración" para hacer cumplir las promesas. (Mills Holmes, E. (1996). The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review, Vol. 20: 45,* p. 77). De la misma forma, Steinberg indica que el estoppel promisorio se ha utilizado como sustituto de la consideración, lo que implica que existen ciertos problemas con la teoría de la consideración que el estoppel promisorio puede resolver. (Steinberg, J. (1975). Promissory Estoppel as a Means of Defeating the Statute of Frauds. *44, Fordham L. Rev. 114,* pp. 114-216).

[1311] Linzer cree que el estoppel promisorio es un "sustituto de la consideración" y puede utilizarse como una "excepción a sus requisitos habituales". Esto sugiere que el estoppel promisorio puede utilizarse en situaciones en las que la teoría de la consideración resulta insuficiente. (Linzer, P. (2000). Teaching Important Contracts Concepts. *44 St. Louis U. L.J.,* p. 1326).

[1312] En este sentido, Mills menciona que el estoppel promisorio a veces se usa como un "sustituto de la consideración" y que es una "teoría independiente" del derecho contractual. (Mills Holmes, E. (1996). The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review, Vol. 20: 45,* pp. 70-71).

[1313] Davis menciona que la doctrina del PE surgió como una interpretación más flexible de la doctrina de la consideración y como una forma de ajustar la doctrina cuando ya no podía mantenerse en su forma clásica. Además, analiza cómo algunos académicos argumentan que el estoppel promisorio corrige las injusticias causadas por la teoría de la consideración y que permite la recuperación sobre la base de la confianza. (Davis, J. P. (1993). Cardozo's Judicial Craft and What Cases Come to Mean. *68 N.Y.U. L. Rev.,* pp. 790-792).

> y los métodos mediante los cuales la ley intenta garantizar la equidad en el intercambio. (pp. 778-779).

Las deficiencias en la doctrina de la consideración, tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial, motivan la búsqueda de nuevas soluciones que atiendan a las demandas históricas de la sociedad. Esta búsqueda no sólo implica cambios o ampliaciones en la doctrina de la consideración, sino también la creación de nuevas doctrinas que, manteniéndose dentro del marco contractual, aborden los problemas que la consideración no resuelve. En este contexto, el PE (Promissory Estoppel) surge como una alternativa viable para remediar estas falencias, permitiendo la coexistencia[1314] y complementariedad[1315] con la doctrina de la consideración. El próximo capítulo se dedicará al estudio detallado del PE y su rol en el ámbito contractual.

6. Conclusiones

1. La teoría de la consideración ha nacido como fruto de un error de interpretación de casos jurisprudenciales que no tuvieron en cuenta el dictado del orden público. Asimismo, la doctrina está de acuerdo en pensar que tal teoría tiene muchas falencias en cuanto a situaciones donde una parte sufre un detrimento, pero la otra todavía no recibe un beneficio.
2. Como fruto de las falencias de la consideración, la doctrina ha creado una teoría nueva que es la del *promissory estoppel*, basada en la teoría de la confianza. Esta nueva teoría, que es la base de la responsabilidad precontractual, supera a la consideración, pero no la destroza.
3. Es decir, la consideración queda relegada para servir de fundamento al intercambio patrimonial quid pro quo (teoría del intercambio o contraprestación) pero donde la consideración sirve de base para que una parte pueda demandar un interés positivo, es decir, demandar un lucro cesante (*expectation damages*). Sin embargo, el PE también puede buscar el interés positivo y hasta el *specific performance* (ejecución forzosa).

[1314] Epstein menciona que algunos académicos argumentan que el principio de la confianza ha reemplazado a la doctrina de la consideración, mientras que otros sostienen que ambos pueden coexistir. (Engelskirchen, H. (1997). Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy. *27 Seton Hall L. Rev.* pp. 1717 y ss.).
[1315] Taylor aborda el debate sobre si el principio de confianza ha superado al principio de intención (que está relacionado con la teoría de la consideración). Algunos argumentan que el principio de confianza ha "conquistado el mundo" y que la teoría de la consideración ya no es relevante, mientras que otros sostienen que ambos principios pueden coexistir. (Taylor, C. (1998). No Regrets in Reading Professor Farnsworth's Contribution. *68 Geo. Wash. L. Rev.,* p. 377 y ss.).

4. Sin embargo, el papel que juega la consideración en el mundo moderno es cada vez más limitado a ser el sustento de los contratos sinalagmáticos, puesto que la consideración ha demostrado su falencia en el tema de las donaciones y en otras situaciones patrimoniales donde no existe beneficio para una parte, pero sí un perjuicio.

5. Con ello queda claro que la teoría de la consideración no es una teoría única, no es una verdad revelada con un origen único y absoluto, sino que es fruto de la interacción de muchos factores y que no existe un consenso sobre su origen exacto, y que su futuro está cada vez más relegado, dando paso al avance del *promissory estoppel*.

6. Debido a limitaciones en la doctrina de la consideración, tanto doctrinales como jurisprudenciales, se están explorando nuevas soluciones para abordar las necesidades contemporáneas de la sociedad. Esto implica modificar y expandir la doctrina de la consideración, así como crear nuevas doctrinas que resuelvan problemas no cubiertos por la consideración, dentro del marco del derecho contractual. En este contexto, el Promissory Estoppel (PE) surge como una solución alternativa, que funciona en conjunto con la doctrina de la consideración.

CAPITULO V

EL PROMISSORY ESTOPPEL ("PE") COMO RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL *SUI GENERIS*

1. Promissory estoppel: breve introducción histórica. 1.1. Primera etapa: período clásico. 1.2. Segunda etapa: período moderno. 1.3. Tercera etapa: período posmoderno. 2. Hacia una definición del promissory estoppel (PE). 2.1. El promissory estoppel, el detrimental reliance y el justificable reliance. 2.2. La consideración y el promissory estoppel frente al primer y segundo Restatement de los contratos. 2.2.1. Primer (Restatement) de los contratos. 2.2.2. Segundo Restatement de los contratos. A). Forma v. sustancia: la sección 71 frente a la sección 90 del segundo Restatement de los contratos. 2.3. Elementos del promissory estoppel. 2.4. Clases de promissory estoppel. 2.4.1. En el marco familiar. 2.4.2. Sobre promesas para hacer regalos de propiedades inmuebles. 2.4.3. Agencias y depósitos gratuitos. 2.4.4. Subscripciones caritativas y convenios matrimoniales. 2.5. Vertientes evolutivas del promissory estoppel. 2.5.1. Promissory Estoppel como sustituto de la consideración. 2.5.2. Confianza en las ofertas (reliance). 2.5.3. Promissory estoppel bajo un acuerdo indefinido. 2.5.4. Promesas hechas durante negociaciones preliminares. 2.5.5. Acuerdos que renuncian a las consecuencias legales. 2.6. Flexibilidad del remedio legal. 3. El promissory estoppel del common law americano y el estoppel propietario del common law inglés. 3.1. Del equitable estoppel inglés al promissory estoppel americano. 3.2. El estoppel propietario inglés. 4. Carácter vinculante y fundamento jurídico del PE. 4.1. Base filosófica del PE y su fuerza vinculante. 4.2. Influencia del promissory estoppel en Australia. a). El caso Waltons como partida de nacimiento. b). Elementos del promissory estoppel en el common law australiano. c). Limitaciones de la doctrina del PE. 5. Distinción entre la PE y otras figuras. 5.1. La consideración y la causa. 5.2. *Parol Evidence Rule* "PER" (regla sobre evidencia verbal). 5.3. Estatuto de fraudes (statute of frauds). a). Historia. b). Crítica al estatuto de fraudes. c). El estatuto de fraudes y el promissory estoppel. 5.4. Circunstancias imprevistas subsecuentes. 6. Diferentes posturas doctrinales con respecto al promissory estoppel y su eficacia. 6.1. El promissory estoppel y la teoría de Cardozo. 6.2. El caso del "parol evidence rule" v. promissory estoppel. 6.3. Crítica a la promesa vinculante (promissory estoppel). 7. La doctrina de los actos propios y el promissory estoppel (PE). 7.1. La DAP y el estoppel equitativo inglés. 7.2. Caso de la representación aparente y la DAP como escudo procesal. 7.3. Estoppel *by acquiescense*. 7.4. La DAP y el PE. 7.5. Limitaciones de la doctrina de los actos propios. 8. Aplicación del PE a casos comerciales. 9. Conclusiones.

1. Promissory estoppel: breve introducción histórica

Para entender cabalmente la figura del Promissory Estoppel (PE) americano, es necesario entender su nacimiento, su evolución y su desenvolvimiento, así como también entender su relación con la teoría de la consideración y sus falencias[1316], tanto desde el punto de vista doctrinal

[1316] Específicamente, Gamage y Kedem argumentan que tanto los argumentos formales como los argumentos sustantivos a favor de la doctrina de la consideración no son convincentes, y que la doctrina es un medio deficiente para efectuar los deseos de las partes. (Gamage, D. y Kedem, A. (2006). Commodification And Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations. *The University of Chicago Law Review, 73,* pp. 1308-1311).

como legislativo[1317], pasando por el derecho del *common law* inglés hasta adentrarnos en el *common law* americano.

En los siguientes párrafos procederemos a analizar la figura del Promissory Estoppel, que nace a partir de las falencias de la teoría de consideración (visto en el capítulo precedente). Asimismo, en el anexo IV, vinculado a este capítulo, estudiaremos la relación del *common law* con los casos del *civil law* que pudieran tener alguna similitud, es decir, casos del *common law* resueltos desde la perspectiva del Promissory Estoppel mirados a la luz de la CIC, en especial de la RINP.

Nuestro aserto inicial, que lo sintetiza Corbin premonitoriamente, es que el PE no tiene parangón con la CIC. En efecto, Corbin (1952), uno de los padres fundadores del PE[1318] cuando intuyó que en el civil law debería existir una figura alternativa basada en la promesa[1319] y el reliance y no en la mala fe:

> No se intenta en este tratado explicar el concepto romano y continental de "causa"; sin duda, es tan complejo y variable como la propia consideración [*consideration*]. Sin embargo, parece que "consideración pasada" encajaría fácilmente dentro del concepto de "causa", y que la acción basada en una confianza posterior no lo haría. Si al hablar de "causa" se refieren a la inducción de la promesa o a una razón suficiente para hacer cumplir la promesa, este autor no lo sabe. Es muy probable que incluya ambos aspectos, al igual que nuestros tribunales han hecho que la "consideración" abarque ambos. Es posible también que "causa" incluya tantas razones antecedentes para hacer una promesa que haría exigible cada promesa en la cual sería razonable confiar. Si ese fuera el caso, sería innecesario para los juristas romanos y continentales desarrollar una doctrina de acción basada en la confianza. (p. 284)

En este sentido, vamos a estudiar la parte histórica y la evolución de la figura del Promissory Estoppel que comprende tres etapas importantes, a saber:

[1317] Gamage y Kedem señalan que la doctrina de la consideración es "profundamente confusa" y "destinada a producir resultados conflictivos" debido a desacuerdos entre los tribunales. (Gamage, D. y Kedem, A. (2006). Commodification And Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations. *The University of Chicago Law Review, 73,* pp. 1320-1321).

[1318] Gordley señala que el estoppel promisorio surgió como una alternativa a la consideración. Específicamente, discute cómo el estoppel promisorio permite la ejecución de una promesa sin consideración y cómo se ha utilizado para abordar problemas con la definición y aplicación de la consideración. (Gordley, J. (1995). Enforcing Promises. *83 Cal. L. Rev. 547,* pp. 547 y ss).

[1319] Farnsworth sugiere que el principio de la confianza legítima es una alternativa a la teoría de la contraprestación. Específicamente, el documento discute cómo Williston y Corbin consideraron diferentes formas de acomodar la confianza en una promesa gratuita, con Williston sugiriendo finalmente la confianza legítima como una alternativa a la doctrina de la contraprestación. (Farnsworth, A. (1987). Contracts Scholarship in The Age of The Anthology. *Michigan Law Review.* 85 Mich. L. Rev., pp. 1456-1461).

1.1. Primera etapa: período clásico

Es la época de la trilogía formada por tres profesores de la Escuela de Harvard: Langdell, Holmes y Williston.

Por su parte, Christopher Columbus Langdell fue por diez años Profesor de Derecho de la Universidad de Harvard y ya había publicado su tratado sobre contratos (1880), para el año 1889 ya había publicado la segunda edición. Por su parte Oliver Wendells Holmes, un veterano de la guerra civil, estaba preparándose para dar en 1881 sus conferencias sobre el Common Law. En 1930, Samuel Williston había producido un tratado enciclopédico del contrato en el *common law*. (Knapp, C. 1998, p. 1193.)

En la etapa clásica vemos que la doctrina estaba enfocada en resolver el problema del intercambio patrimonial (*bargain theory*)[1320]. El problema que tuvo la formulación de la teoría del "bargain theory" o teoría del intercambio (que recita que el detrimento del promisario es dado en consideración del beneficio que el promitente recibe), es lo que deja afuera. En verdad, la teoría contractual del "bargain" (intercambio) se ha enfocado mucho en cómo el detrimento es la respuesta a un beneficio, pero deja de lado muchos casos en los cuales existe detrimento sin necesidad que medie un beneficio para el promitente, pero que dicho detrimento del promisario ha sido producido en confianza de la promesa dada por el promitente que genera un sustancial cambio de posiciones del promisario. En esta época, la teoría de la consideración estaba imbuida del concepto del "bargain" ("negocio"), teoría que dejaba de lado el *reliance* o confianza del aceptante (promisario) que cambiaba de posición –en su propio desmedro o detrimento- confiado en la promesa del promitente.

El otro problema[1321] de la consideración, como lo vimos en el capítulo anterior, es que, a diferencia de la causa clásica[1322], es solamente una concepción confeccionada para los

[1320] Gordon argumenta que la teoría de la consideración es problemática por varias razones, incluyendo que no puede explicar por qué las promesas mutuas son exigibles, crea problemas con las modificaciones contractuales y no reconoce el valor de los contratos de opción. (Gordon, J. (1991). Consideration And the Commercial-Gift Dichotomy. *44 Vand. L. Rev. 283,* p. 291).
[1321] Para Gordley el "problema crónico" con la consideración es que "no hizo el trabajo que se esperaba de ella". (Gordley, J. (1995). Enforcing Promises. *83 Cal. L. Rev. 547*, p. 560).
[1322] Barnett menciona que algunos críticos argumentan que no existe una "doctrina" definible de causa. (Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev.*, pp. 269 y ss.)

contratos[1323], definidos éstos como el intercambio patrimonial de bienes o servicios, dejando de lado las liberalidades o donaciones[1324]. En cambio, la causa, en su doctrina clásica, reúne la teoría de los contratos sinalagmáticos, contratos reales y liberalidades (sin embargo, la causa también adolece de problemas[1325] por cuanto los casos que se resuelven a partir de la causa de las donaciones tienen que recurrir a otras figuras extrañas al espíritu de liberalidad como las condiciones, entre otras figuras). Sin embargo, tanto la causa como la consideración han sido duramente criticadas[1326] como conceptos anticuados, inútiles y estériles[1327].

1.2. Segunda etapa: período moderno

En 1929 el mercado americano colapsó[1328] y se dio paso al New Deal de Roosevelt, y a la Gran Depresión de los años 30's. El Primer Restatement de los Contratos nace en el año 1932. Los realistas como Roscoe Pound, Karl Llewellyn y otros, creían que los jueces tenían la responsabilidad de crear derecho como un instrumento de distribución social[1329]. Según Knapp (1998) la visión de Llewellyn eventualmente impulsó la formación del artículo 2 del *Uniform*

[1323] Por su parte, Gordon discute varias críticas a la teoría de la consideración, incluyendo que es un anacronismo, difícil de definir y sujeto a muchas excepciones. Además, el documento argumenta que el requisito de un intercambio no es necesario para que una promesa sea exigible. (Gordon, J. (1991). Consideration And the Commercial-Gift Dichotomy. *44 Vand. L. Rev. 283*, pp. 283 y ss).
[1324] Gamage y Kedem argumentan que la teoría de la consideración es incompatible con las normas sociales que rodean la entrega de regalos. Específicamente, sostienen que la forma de consideración convierte una transacción en una mercancía, lo cual va en contra de las normas sociales que prohíben cualquier discusión sobre la compensación entre los participantes en un intercambio de regalos. (Gamage, D. y Kedem, A. (2006). Commodification And Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations. *The University of Chicago Law Review, 73*, pp. 1323-1325).
[1325] Dalton aborda algunas críticas al concepto de causa. Por ejemplo, algunos argumentan que el concepto de causa es demasiado incierto y que es difícil determinar lo que las partes pretendían. Otros sostienen que el concepto de causa no es necesario, siempre que el acuerdo no se base en una consideración ilícita o meramente venal. (Dalton, C. (1985). An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine. *Yale Law Journal*, 94, 5, pp. 997-1114).
[1326] Pollock discute varias críticas a la concepción romanista de la causa. Argumenta que los juristas del common law no necesitaban recurrir a tales nociones, ya que el quid pro quo y el daño sufrido por el demandante en un caso de assumpsit eran suficientes para formar la noción de consideración. Además, el documento sostiene que la concepción romanista no habría encajado en las categorías legales inglesas, ya que era demasiado amplia o estrecha para los propósitos del jurista del common law. (Pollock, F. (1902). Principles of contract. A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England. 7th edition. Londres: CF Roworth, pp. 174).
[1327] Navarretta critica el concepto de "causa" en el derecho contractual, argumentando que ha perdido su eficacia para proteger a las partes en un contrato. Además, sostiene que el concepto se ha convertido más en un símbolo ideológico que en una herramienta práctica. Por último, señala que, a pesar de su mención frecuente en textos legales y jurisprudencia, la "causa" a menudo carece de impacto significativo en escenarios legales reales. (Navarretta, N. (2003). Las razones de la causa y el problema de los remedios. Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo. *Revista de Derecho Privado, 11*, pp. 5-6).
[1328] Farber argumenta que "muchos académicos recientemente se han vuelto hacia la teoría económica" y que "la tendencia en este siglo [siglo XX] ha sido hacia una mayor intervención gubernamental en el mercado." (Farber, D. (1983). Contract Law and Modern Economic Theory. Berkeley Law Scholarship Repository. *78 Nw. U. L. Rev.*, p. 306).
[1329] En el mismo sentido, Goetz manifiesta que la confianza perjudicial (detrimental reliance) y la expectativa completa son equivalentes en mercados competitivos, y la plena ejecución es una aproximación más precisa de la verdadera confianza perjudicial causada por la promesa. (Goetz, C. (1980). Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *The Yale Law Journal, Vol. 89, Number 7*, p. 1416).

Commercial Code (UCC), cuyo espíritu ilumina el Segundo Restatement de los Contratos en los años 70's, más específicamente en el año 1980. (Knapp. 1998, p. 1193.)

Como lo veremos más adelante, la doctrina del promissory estoppel nace de la sección § 90 del Primer Restatement de los Contratos[1330]. Ahí es donde se presenta la estructura del *Promissory estoppel*, pero también, en cierto sentido, la ambigüedad y la lucha entre la sección 75 (que recoge el principio del "bargain" o "intercambio") y la sección §90 (que recoge el principio del *promissory estoppel,* no sustentado en el bargain o intercambio sino la confianza detrimental). Dicha dicotomía, que también la abordaremos más adelante en este capítulo, refleja el presagio premonitor de Gilmore (1974) que expresaba que uno de los dos va a terminar por devorarse al otro elemento: "Lo que queda claro después de leer ambas secciones, es que estas dos proposiciones contradictorias no pueden convivir cómodamente: al final, una terminará devorándose a la otra." (p. 68)

El debate entre formalismo y realismo legal generó inquietudes entre tratadistas como Karl Llewellyn, quienes abogaban por que el derecho se moldeara como un instrumento de justicia social a través de la conciencia de legisladores y jueces, en lugar de basarse únicamente en libros y silogismos[1331]. El artículo 2 del U.C.C. buscó corregir el formalismo excesivo en la teoría contractual de Williston al permitir la modificación de contratos de venta de bienes sin necesidad de nueva consideración, siempre que existiera un escrito que evidenciara dicha modificación. Además, en 1936, Lon Fuller y William Perdue destacaron el "reliance" como elemento central del promissory estoppel en la teoría de daños, especialmente en ausencia de consideración (UCC §2-209(1), §2-209(3)) (Knapp, 1998, pp. 1198, 1194 y ss.).

1.3. Tercera etapa: período post-moderno

En esta etapa la valoración de los daños se base en el "reliance" (dependencia, confianza del aceptante), mientras que otros autores creyeron (como lo veremos a continuación) encontrar la base de los daños en la expectativa del promisario, no solamente para los contratos, sino también para el *promissory estoppel*.

[1330] Second Restatement of of Contracts [SRC], §90. 1981. (EE.UU.)

[1331] En este sentido, Gordley argumenta que la teoría de la consideración es una herramienta demasiado tosca para lidiar con una variedad de situaciones, como promesas injustas o compromisos unilaterales. El autor cree que la doctrina debería ser desmantelada y reemplazada por reglas diferentes que sirvan mejor a diferentes propósitos. (Gordley, J. (2000). The Common Law in The Twentieth Century: Some Unfinished Business. *88 Cal. L. Rev.,* p. 1822).

Ahora bien, de cara a la aplicación del Segundo Restatement de los Contratos, los daños contractuales no solamente se limitaron a los daños detrimentales (daño emergente), sino a daños expectativos (lucro cesante), siempre y cuando no existan otras limitaciones contractuales como el fracaso de mitigar daños, o la imprevisibilidad de los daños consecuenciales. Es el caso de Farber y Matheson (1985), que exponen que los daños expectaticios (lucro cesante) en algunos casos son la norma de recuperación de los promissory estoppel, y no tanto el daño basado en la confianza detrimental (daño emergente). Por ejemplo, el caso de la ganancia perdida (p. 909)

Es necesario también aclarar que cuando se concibió la figura del PE, sus padres fundadores, entre ellos Corbin (1952) tuvieron en mente que el daño resarcible no solamente se limitara al interés negativo, es decir al daño emergente, sino que también pudiera incluir la ejecución forzosa (*specific performance*), así lo expresa Corbin (1952):

> Así pues, el tribunal moderno puede decretar la ejecución específica, si ello parece el mejor remedio, condicionando su decreto a alguna actuación por parte del demandante o sobre las diversas indemnizaciones y reducciones que la equidad pueda requerir. Puede requerir al demandado para hacer restitución de la cosa específica recibida por él, o la restitución del valor en dinero de lo que ha recibido". Puede medir este valor monetario determinando la suma neta a sus recursos económicos -su "enriquecimiento injusto", o determinando el equivalente de mercado de la mano de obra y los materiales recibidos por él -"quantum meruit". En lugar de la restitución en cualquiera de sus formas, el tribunal puede dictar sentencia por daños medidos por el valor del cumplimiento prometido, el remedio habitual por incumplimiento de contrato, o medido por el desembolso real incurrido por el demandante en cumplimiento pasado sin incluir ningún beneficio esperado que el pleno cumplimiento de la promesa del demandado lo hubiera traído. En su origen, la acción de *assumpsit* midió los daños por la extensión de la lesión sufrida por el demandante en base al compromiso del demandado, no por el valor de la prestación prometida por el demandado o el beneficio que el demandante esperaba obtener de esa actuación. El crecimiento de la ley y de la creación estatutaria de nuevos tribunales de jurisdicción general no han privado a los tribunales de estos poderes reparadores históricos. Con una viva conciencia del alcance de estos poderes, la corte moderna debería conceder sus diversos remedios con selección, cuidando de hacer que el remedio se adapte al caso individual ante él. (p. 205)

Exploraremos ahora cómo el Promissory Estoppel (PE) surge debido a las limitaciones[1332] de la teoría de la consideración[1333]. El PE es esencialmente un concepto relacionado con la consideración, y, por lo tanto, es importante comprender ambos conceptos en conjunto. Para lograr esto, primero debemos comprender cómo se desarrolló la teoría de la consideración antes de adentrarnos en el tema central, que es el PE.

2. Hacia una definición del promissory estoppel (pe)

2.1. El promissory estoppel, el detrimental reliance y el *justificable reliance*

Como se discutirá en este capítulo, especialmente en los debates sobre la redacción de la sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos, Corbin desempeñó un papel fundamental en la inclusión de una cláusula que abordara todos los casos en los que una de las partes actuara en detrimento propio debido a su confianza en las promesas realizadas por la otra parte, lo que la llevaba a tomar medidas o no tomarlas, causándole un perjuicio[1334].

En este contexto, Corbin abogaba por ampliar el concepto de consideración[1335] e incluir la "confianza justificada" (*justifiable reliance*) dentro de ese concepto, pero su posición no prevaleció (Ngugi, J. 2007, p. 441).

[1332] Gamage y Kedem argumentan que la teoría de la consideración es defectuosa porque se basa en dos suposiciones: que todas las partes que desean respaldar sus promesas con una contraprestación nominal pueden hacerlo, y que el hecho de que las partes utilicen una forma legalmente vinculante significa que la desean. Los autores argumentan que estas suposiciones no siempre son verdaderas. (Gamage, D. y Kedem, A. (2006). Commodification And Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations. *The University of Chicago Law Review, 73,* pp. 1347-1349).

[1333] Feinman y Feldman discuten "la evolución del estoppel promisorio" y "cambios más amplios en el derecho de los contratos". Esto sugiere que el estoppel promisorio pudo haber surgido como respuesta a algún problema o defecto en el derecho de los contratos, lo que podría incluir la teoría de la consideración. (Feinman, J. y Feldman, M. (1985). Pedagogy and Politics. *Georgetown Law Journal, 73*, pp. 875-930).

[1334] En este sentido, Goetz sostiene que las explicaciones existentes sobre la ejecución legal de las promesas son incompletas y quizás engañosas, en parte porque no consideran los efectos de diversos niveles de ejecución legal en la realización de promesas. (Goetz, C. (1980). Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *The Yale Law Journal, Vol. 89, Number 7*, p. 1367).

[1335] Por su parte Farnsworth discute el debate entre Williston y Corbin sobre el papel de la contraprestación en el derecho de los contratos. Williston parece sugerir que la doctrina de la contraprestación podría ser abandonada a favor del requisito histórico de la confianza, mientras que Corbin argumenta que la doctrina de la contraprestación debería ser modificada para acomodar la confianza que no ha sido negociada. (Farnsworth, A. (1987). Contracts Scholarship in The Age of The Anthology. *Michigan Law Review.* 85 Mich. L. Rev., pp. 1459-1461).

Por otro lado, la postura de Williston era separar el principio de "confianza justificada" (*justifiable reliance*) en una sección independiente, apartándola del concepto de consideración, y esta posición fue la que se adoptó finalmente (Ngugi, J. 2007, p. 442).

Según Ngugi (2007), Williston intentaba circunscribir y relegar el principio de "reliance" a una sección excepcional junto con sus casos independientes y excepcionales. Sin embargo, algunos juristas consideran que al menos Williston dio forma al principio de "reliance", desafiando a aquellos que no deseaban que esta doctrina apareciera en el Restatement (p. 442).[1336].

El caso cumbre lo tenemos en *Pickard v. Sears*, 112 E.R. 179[1337], donde el vendedor transfiere una maquinaria al comprador por valor, el comprador compra la maquinaria de buena fe y por valor, sin embargo, el vendedor omitió al comprador el hecho de que la propiedad tenía una hipoteca, de modo que el vendedor estaba impedido de reclamar que el comprador pagara la hipoteca de la propiedad una vez que la transferencia se haya realizado.[1338]

En el caso *Hamersley v. De Biel*, (1845) 12 Cl & F[1339], vemos cómo este principio actúa. El caso trata de que un padre (T) promete pagar 10,000 libras esterlinas a su muerte al novio de su hija a cambio de que éste se case con ella, como dote para su hija y sus futuros nietos. El esposo acciona contra la sucesión del padre una vez que éste muere, y la Corte admite tal acción.

[1336] En cuanto a la nomenclatura, algunos autores propusieron denominar esta figura del "reliance" como "*equitable reliance*", el problema es que el "equitable reliance" se basa en una mala representación (una mentira), mientras que en el "*promissory estoppel*" no hay malas representaciones (o mentiras) y por lo tanto no existe alusión al deber de negociar de buena, a diferencia del RINP donde la buena fe es una obligación a nivel precontractual. (Ngugi, J. 2007, p. 442).
Los tres casos de estoppel, que se pueden distinguir según la doctrina, son los siguientes:
a. El "estoppel" de acuerdo a los récords: este es el principio de *res judicata*, que viene del latín "*res judicata pro vertiate accipitur*" que significa que un asunto juzgado es tomado como verdadero. La filosofía que inspira esta figura jurídica es la necesidad de poner fin a las controversias.
b. El "estoppel" de acuerdo a los escritos: este estoppel se basa en el principio del respeto a los "títulos sellados", o en inglés sería los "deeds" que tienen un "seal" (sello), por el mismo hecho que se presume de buena fe que lo mencionado en un título es verdadero. Digo, "se presume" porque si alguien quiere disputar la validez de un título tendría que demostrar en qué basa su argumentación de fraude, por ejemplo.
c "***Estoppel in Pais*****"**: esta es la figura que más se acerca al promissory estoppel. A través de esta figura, lo que una parte argumenta y promete a otra al momento de efectuar una transacción es lo que prevalece, porque la parte aceptante actúa de acuerdo a lo manifestado por el promitente. De modo que, si el promitente cambia de discurso después de realizada la promesa, estaría obligado a resarcir de cualquier daño que el promitente adolezca en su actuación inducida por la promesa. (Ngugi, J. M. (2007). Promissory Estoppel: The Life History of An Ideal Legal Transplant. *University of Richmond Law Review*, *41, 2, 5*, 425-497, pp. 442 y ss.).
[1337] *Pickard v Sears* (112 E.R. 179).
[1338] *Pickard v Sears* (112 E.R. 179).
[1339] *Hamersley v. De Biel*, (1845) 12 Cl & F.

El razonamiento fue la promesa de T que induce al novio a actuar debe ser amparada en una Corte de equidad. (Ngugi, J. 2007, p. 453.)

Este es un caso incipiente de PE porque el padre realiza una promesa a cambio de que el novio realice una acción, que es la de casarse con la hija del promitente. Se podría contra argumentar que el novio no da ninguna contraprestación por cuanto de todas maneras se iba a casar con la novia, con o sin dote del padre, pero era una posibilidad el casarse, siempre existe la probabilidad que el novio decida romper la relación. Y es justo allí donde la promesa del padre de la novia impulsa a erradicar esa probabilidad y animar al novio a contraer nupcias.

En el campo del RINP no vemos cómo una obligación de negociar de buena fe podría enmarcarse en las promesas entre el padre de la novia y el novio, o sea, cómo poder entender que la promesa del padre pueda versar como una negociación preliminar. En realidad no es una negociación preliminar entendida desde el punto de vista crematístico, a no ser que se entienda "negociación" como una conversación o un trato preliminar, pero en este caso se realizó un acuerdo, el problema es que dicho acuerdo no se enmarca en los parámetros clásicos de la consideración sino en los marcos de otro concepto no considerativo, a no ser que se amplíe el concepto de consideración laxamente para abarcar situaciones no pecuniarias como es la de contraer nupcias[1340].

Otro caso importante de estudiar es el caso de *Jorden v. Money*, (1854) 5 H.L.C. 185[1341], a través del cual Money debía 1,200 libras a Marnell, y Money le dio una nota promisoria a Marnell por las 1200 libras debidas. A la muerte de Marnell, la esposa Señora Jorden hereda la nota promisoria. Como Money quería casarse y no tenía medios suficientes, Money conversa con la Sra. Jorden y ésta le perdona la deuda, de modo que Money contrae nupcias. A los cinco años de casado, la Sra. Jorden demanda las 1200 libras a Money, y éste esgrime el *estoppel* como defensa; sin embargo, la corte decretó que en el *estoppel* solamente se pueden tomar en cuenta representaciones que tengan que ver con hechos, no con intenciones futuras o promesas, porque de lo contrario estaríamos en el terreno de los contratos.

Este caso define mejor el estoppel inglés referido a hechos pasado y no a promesas (a diferencia del estoppel promisorio americano que gira sobre promesas y no solamente hechos).

[1340] Según Gordley, el concepto de "consideración" no explica adecuadamente todas las transacciones que se supone que debe abarcar, como aquellas que no son acuerdos en un sentido normal. (Gordley, J. (1995). Enforcing Promises. *83 Cal. L. Rev. 547*, p. 560).

[1341] *Jorden v. Money*, (1854) 5 H.L.C. 185.

El estoppel inglés es, en este sentido, una defensa, un escudo y no una espada, se refiere a hechos pasados y no a promesas futuras.

Otro caso interesante de análisis lo encontramos en *Low v. Bouverie*, CA 1891[1342] En este caso el demandante se presta dinero del fideicomisario de un trust quien omite revelar todas las deudas que el trust tenía, haciendo inseguro el préstamo que se hace el demandante. La demandante demanda al trust por los daños que ocasionó la mala comunicación del fideicomisario; sin embargo, la Corte deniega tal demanda porque el Juez sostuvo que el estoppel no es una figura a ser usada como espada sino como escudo, es decir, el estoppel no puede ser usado como una acción sino como una defensa, justamente una defensa probatoria contra la parte que quiere cambiar su discurso y pretender decir otra cosa que lo que dijo primigeniamente.

De modo que ambos casos formularon las bases del estoppel, por una parte, el caso *Jorden v. Money*, (1854) 5 H.L.C. 185, sostiene que el estoppel solamente se basa en hechos y no en intenciones o promesas futuras; y por otra parte el caso *Low v. Bouverie*, CA 1891, ejemplifica cómo el estoppel puede usarse solamente como escudo mas no como espada, es decir, puede usarse como una defensa probatoria, en el terreno de la evidencia, mas no como una acción particular.

En conclusión, el equitable estoppel[1343] se usa para fines evidenciarios[1344] y también como defensa afirmativa[1345] (como escudo); mientras que el *promissory estoppel* americano puede usarse como acción y defensa, es decir, como espada y escudo.

[1342] *Low v. Bouverie*, CA 1891.

[1343] Mills explica que el estoppel equitativo inglés es un principio legal que impide a alguien afirmar un derecho o defensa que sería contrario a su conducta previa. (Mills Holmes, E. (1996). The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review, Vol. 20: 45,* p. 51).

[1344] En contraste, la consideración se usa con fines evidenciarios, así lo expone que algunos autores argumentan que es internamente inconsistente y debería ser abandonada, mientras que otros sostienen que cumple propósitos importantes como proporcionar evidencia de un contrato, desalentar comportamientos precipitados y canalizar a las personas hacia un marco legal. (Markovits, D. (2004). Contract And Collaboration. *113 Yale L.J. 1417, p. 1480).*

[1345] DiMatteo explica que el estoppel equitativo inglés es un principio legal que impide a una persona afirmar un derecho o hecho que sea contrario a sus acciones o declaraciones anteriores. (DiMatteo, L. (1998). Resolving International Contract Disputes. *Dispute Resolution Journal, Vol. 53, No. 4,* pp. 475-479).

2.2. La consideración y el *promissory estoppel* frente al primer y segundo Restatement de los contratos

Durante la redacción del Primero Código de los Contratos en 1932, los conceptos de beneficio conferido y el *reliance* (confianza) estuvieron separados del concepto de consideración. Básicamente esta bifurcación se debió al modelo mercantil del intercambio negociado que embebió el concepto de los contratos[1346]. Sin embargo, a pesar de que la confianza detrimental o el beneficio conferido tuvieron su importancia, no alcanzaron el mismo nivel de relevancia que la consideración en el contexto contractual. En los contratos, la consideración se estableció como el elemento central que determina la vinculación contractual, ya que los contratos generalmente son vinculantes cuando involucran una consideración que refleja una negociación. Como resultado, el beneficio conferido y la confianza (reliance) se consideraron más bien como excepciones en este contexto.

Es que las teorías individualistas dentro de una economía de mercado con sus valores utilitarios, reputa como injusto un beneficio a una parte a costa del detrimento de otra. El énfasis primario radicó en la autonomía de la voluntad[1347] individual que nace de la filosofía del iluminismo.

En el siglo diecinueve, se produjo un debate entre el concepto de la consideración como resultado de un intercambio negociado y las teorías que intentaban dar importancia al beneficio conferido, al detrimento e incluso a la negociación, a menudo relegándolos al ámbito de la equidad.

En efecto, la figura del "bargain" (negociación) contempla un intercambio de dos partes, en tanto que el detrimento puede ser negociado o no negociado mientras que el beneficio puede

[1346] Para Farber la doctrina de la consideración impide la ejecución de promesas fuera del contexto de intercambio, lo cual es inconsistente con el modelo neoclásico. (Farber, D. (1983). Contract Law and Modern Economic Theory. Berkeley Law Scholarship Repository. *78 Nw. U. L. Rev.*, p. 319). El modelo neoclásico explica que La consideración puede ser cualquier cosa, incluso si no tiene valor económico. En el mismo sentido, Gamage y Kedem argumentan que la teoría se encuentra en un estado de confusión, discutiendo cómo la doctrina de la consideración carece de una justificación convincente y cómo los tribunales son inconsistentes en su aplicación de la regla. (Gamage, D. y Kedem, A. (2006). Commodification And Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations. *The University of Chicago Law Review, 73*, pp. 1315-1316).

[1347] Fuller argumenta que el principio de autonomía privada es indispensable y omnipresente en el derecho de los contratos, y que la teoría de la voluntad es sólo una forma figurativa de expresar este principio. (Fuller, L. (1941). Consideration and Form. *Columbia Law Review, 41(5),* p. 806).

ser también negociado o no negociado. Y de estas tres figuras, la consideración es la única que ata a los contratos antes que produzcan obligaciones.

Haciendo un poco de historia, como lo vimos anteriormente, el viejo sistema de los "writs" (escritura) abarcaba las escrituras de deuda, los contratos bajo sello y la asunción de deuda (assumpsit). Luego, al final del siglo XVI, el concepto amplio abarcaba las figuras del beneficio, el detrimento y el mutuo consentimiento[1348].

En el siglo XVI, el concepto de asunción ("assumpsit") estaba estrechamente relacionado con el intercambio negociado, y la consideración se convirtió en la razón por la cual una promesa podía ser objeto de acción legal. Esta figura de la consideración en el siglo XVI es el equivalente de la figura clásica de la "causa" de Domat[1349] y Pothier, al menos en lo que respecta a los contratos sinalagmáticos (do ut des, do ut facias, facias ut des, facias ut facias). (McCauliff. 2002, p. 850).

Sin embargo, en los siglos XVII y XVIII, la noción de negociación fue influenciada por conceptos de derecho natural y obligación moral[1350]. Lord Mansfield, Juez Principal de la Corte del Rey, intentó incorporar teorías de equidad dentro del concepto de consideración, basándose en la honestidad y rectitud. En palabras de Mansfield, "cuando un hombre está obligado a pagar, ya sea legal o equitativamente, la ley implica una promesa, incluso si no se ha hecho ninguna explícitamente. Por lo tanto, una obligación legal o equitativa es una consideración suficiente para una promesa real. Cuando un hombre está bajo una obligación moral, en la que ninguna Corte de Derecho o Equidad puede obligar, y hace una promesa, la honestidad y la rectitud de la situación constituyen la consideración". (McCauliff, 2002, p. 851.)

[1348] Gorley menciona que existe un famoso y no concluyente debate sobre si los jueces ingleses tenían en mente la doctrina continental de la causa al requerir la consideración en una acción de assumpsit. (Gordley, J. (2000). The Common Law in The Twentieth Century: Some Unfinished Business. *88 Cal. L. Rev.m,* p. 1849).

[1349] Lorenzen sostiene que Planiol argumenta que Domat pervirtió el derecho romano al construir la teoría de causa, y que el derecho romano nunca exigió la existencia de una causa real y lícita para la creación de una obligación. Planiol también sostiene que la doctrina de causa es tanto "falsa" como "inútil". Otros escritores franceses coinciden, argumentando que la noción es abstracta y metafísica, creando confusión en lugar de servir a un propósito útil. (Lorenzen, E. (1919). Causa and Consideration in The Law of Contracts. *Yale Law Journal*, *28, 7,* p. 633-635).

[1350] Farber discute algunas excepciones a la doctrina de la contraprestación, como el Código Comercial Uniforme que permite la modificación de un contrato sin un cambio compensatorio en la obligación, o la ejecución de una promesa de cumplir una "obligación moral" sin contraprestación. (Farber, D. (1983). Contract Law and Modern Economic Theory. Berkeley Law Scholarship Repository. *78 Nw. U. L. Rev.,* p. 339).

En una clara reacción a las ideas de Mansfield, las visiones del "intercambio" negociado volvieron a ganar popularidad en el siglo XIX. Mientras que Mansfield intentó eliminar la consideración para que los acuerdos fueran válidos, las teorías del intercambio requerían el concepto de consideración para respaldar los contratos.

Para el año 1840, la mayor parte de la teoría de Mansfield había sido reemplazada por la idea del intercambio negociado, especialmente debido a la creciente economía semi-industrializada. Sin embargo, surgió un desafío en cuanto a cómo abordar las obligaciones morales[1351] comunes en la ley, y los defensores del intercambio negociado tuvieron dificultades para encontrar una solución adecuada para este tipo de casos. (McCauliff, 2002, pp. 85 yss.)

Hacia finales del siglo XIX, la conceptualización del contrato se centraba en la oferta y la aceptación, excluyendo otras formas de transacciones consensuales. Esta perspectiva estaba en línea con una teoría socio-política arraigada en valores mercantilistas que diferían significativamente del antiguo sistema basado en escrituras. En consecuencia, el contrato se clasificaba principalmente como un intercambio negociado basado en la oferta y la aceptación. La teoría de la autonomía de la voluntad incorporaba conceptos como el consentimiento, la negociación y la libertad contractual.

Hacia finales del siglo XIX, la conceptualización del contrato se centraba en la oferta y la aceptación, excluyendo otras formas de transacciones consensuales. Esta perspectiva estaba en línea con una teoría socio-política arraigada en valores mercantilistas que diferían significativamente del antiguo sistema basado en escrituras. En consecuencia, el contrato se clasificaba principalmente como un intercambio negociado basado en la oferta y la aceptación. La teoría de la autonomía de la voluntad incorporaba conceptos como el consentimiento, la negociación y la libertad contractual.

En este contexto, la libertad contractual da lugar a la obligación contractual siempre y cuando los participantes en el contrato hayan intercambiado un valor u objeto. De esta manera, la consideración, basada en conceptos de detrimento y beneficio negociado en relación con la oferta y aceptación, es esencialmente el objeto mismo del contrato que se entrega con la condición de recibir otro objeto, lo que se asemeja a la clásica teoría de la causa en el contrato sinalagmático

[1351] Para Mills, la doctrina del PE es "un intento de los tribunales por mantener los remedios al día con la conciencia moral aumentada sobre la honestidad y las representaciones justas en todas las transacciones comerciales". (Mills Holmes, E. (1996). The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review, Vol. 20: 45,* p. 73).

de Domat y Pothier[1352]. El beneficio del promitente que recibe un valor está ligado al detrimento del aceptante que puede dar un valor a cambio.

Durante el Primer y Segundo Código de los Contratos (Restatements), se revivió la antigua noción de la consideración. Como resultado, la figura del promissory estoppel fue relegada de los contratos, pero adquirió una nueva relevancia junto con la consideración debido a las limitaciones que presentaba la consideración en el sistema legal. (McCauliff, 2002, p. 859).

2.2.1. Primer (Restatement) de los contratos

El Primer Restatement de los Contratos fue una labor del *American Law Institute* (ALI) – fundado en 1923[1353] en respuesta a la incertidumbre y complejidad del derecho americano- entre los años 1923 y 1944, y cuyo primer proyecto fue el *Primer Restatement de los Contratos*, que fuera aprobado en mayo de 1932.[1354]

Burton (1995) expone que la idea original del Primer Restatement se puede expresar como sigue[1355]:

> El volumen vasto y en constante aumento de las decisiones de los tribunales que establecen nuevas reglas o precedentes, y las numerosas instancias en las que las decisiones son irreconciliables, han resultado en una incertidumbre cada vez mayor en el derecho. El American Law Institute se formó con la creencia de que, para aclarar y simplificar el derecho y hacerlo más certero, el primer paso debe ser la preparación de una restitución ordenada del derecho común, incluyendo en ese término no sólo el derecho desarrollado únicamente mediante decisiones judiciales, sino también el derecho que ha surgido a partir de la aplicación por los tribunales de estatutos generalmente y durante mucho tiempo adoptados...

[1352] Navarretta critica el concepto de "causa" en el derecho contractual por varias razones. Primero, lo ve como una fuente de incertidumbre y ambigüedad. Segundo, señala que puede ser sustituido por un concepto aún más enigmático, como el "contenido" de un contrato. Finalmente, discute el riesgo de pasar del "dogma" de la causa al "dogma" del "nudo pacto", lo que podría legitimar contratos sin causa, debilitando la claridad y la función protectora en el derecho contractual. (Navarretta, N. (2003). Las razones de la causa y el problema de los remedios. Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo. *Revista de Derecho Privado, 11*, p. 20).

[1353] El ALI (American Law Institute) es una organización privada, formada bajo el liderazgo de Elihu Root en 1923, con el objeto de "mejorar el derecho". Burton expone: "Su membresía incluye a los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, los jueces superiores de los Tribunales de Apelaciones de los Estados Unidos, los jueces jefes de los tribunales más altos de los diversos estados, los presidentes de la Asociación de Abogados de Estados Unidos y las asociaciones de abogados estatales, el presidente de la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes, decanos de las escuelas miembro de la Asociación de Escuelas de Derecho de América, y un gran número de otros jueces, profesionales del derecho y profesores de derecho elegidos en reconocimiento a su liderazgo y experiencia" (Burton, S. (1995). *Principles of Contrat Law.* Minessota, EE.UU.: Thomson West, pp. 8-9)

[1354] Primer Restatement of the Law of Contracts (ROC). 1932.

[1355] Burton reproduce la Introducción al Primer Restatement de Contratos, viii-ix, xi-xii (Burton, S. (1995). *Principles of Contrat Law.* Minessota, EE.UU.: Thomson West, p. 9).

> La función de los tribunales es decidir las controversias presentadas ante ellos. La función del Instituto es expresar de manera clara y precisa, a la luz de las decisiones, los principios y reglas del derecho común.
>
> Las secciones del Restatement expresan el resultado de un análisis cuidadoso del tema y un examen y discusión exhaustivos de los casos pertinentes, a menudo muy numerosos y a veces conflictivos. La precisión de las declaraciones de derecho se basa en la autoridad del Instituto. Se pueden considerar tanto como el producto de la opinión experta como como la expresión del derecho por parte de la profesión jurídica. (p. 9)

El Primer Restatement de Contratos fue redactado principalmente por el profesor Samuel Williston de la Facultad de Derecho de Harvard, quien contó con el asesoramiento de Arthur L. Corbin de la Facultad de Derecho de Yale y otros destacados abogados y académicos. Este esfuerzo privado para aclarar el derecho tuvo un éxito notable (Burton, 1995, p. 9).

Perillo (2003, p. 253) relata que Samuel Williston fue el responsable de acuñar el término "promissory estoppel" en la edición de 1920 de su tratado donde estudió casos donde existían promesas sin consideración que eran vinculantes por las cortes, y donde el común denominador de estos casos era que las partes habían confiado en su detrimento en las promesas[1356].

En efecto, Williston (1938), se refirió expresamente con respecto a esta institución naciente del *promissory estoppel*:

> Si existe alguna representación de un hecho existente, es únicamente que el promisor, al momento de hacer la promesa, tiene la intención de cumplirla. En cuanto a dicha intención, por lo general no hay una representación errónea y, si la hay, no es la que ha perjudicado al beneficiario de la promesa. En otras palabras, él se basa en una promesa y no en una declaración errónea de un hecho; y el término "promissory" estoppel o algo equivalente debería utilizarse para marcar la distinción. (p. 199).

Pues bien, el Primer Restatement se convirtió rápidamente en una referencia estándar en los casos de contratos resueltos por los tribunales en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses, y se convirtió en una herramienta fundamental para estudiantes y profesionales del derecho. Especialmente en jurisdicciones con poblaciones pequeñas y economías menos diversificadas, donde la jurisprudencia local podía ser limitada en muchas áreas del derecho, el Restatement fue especialmente exitoso. Además, se cree que contribuyó a una mayor uniformidad en el derecho de contratos en las diversas jurisdicciones de Estados Unidos. (Burton, 1995, p. 9).

[1356] Fried discute cómo la doctrina del estoppel promisorio permite la compensación por pérdidas causadas por la confianza razonable en promesas, incluso cuando no existe un elemento de consideración o enriquecimiento injusto. (Fried, C. (1980). The Rise and Fall of Freedom of Contract by P.S. Atiyah. *Harvard Law Review, 93*, pp. 1858 y ss.).

Básicamente, el *promissory estoppel* nace como un sustituto o hasta un equivalente de los contratos en situaciones donde no existió consideración, pero donde hubo una promesa de una parte promitente y la confianza (reliance) de la parte promisoria que cambia de actitud en atención a tal promesa que no es negociada. Como veremos posteriormente en este capítulo, la evolución del *promissory estoppel* parte de este punto de inicio donde es un sustituto de la consideración y evoluciona con el tiempo para convertirse en una figura sui generis -que la doctrina no la llama extracontractual o quasi contractual- que desafía muchas veces el *Estatuto de Fraudes* (que dicta que ciertos contratos deben estar por escrito[1357]) o el *Parol Evidence Rule*[1358] (regla contra la validación de contratos orales[1359]). (Perillo, 2003, pp. 253-254).

Entonces, el Primer Restatement de los contratos introdujo la figura del *Promissory Estoppel* en la sección 90 de la siguiente manera[1360]:

> Capítulo 4. Formación de Contratos—Consideración
> Tema 2. Contratos Sin Contraprestación:
> § 90 Promesa que induzca razonablemente a la acción u omisión
> (1) Una promesa que el promitente debe razonablemente confiar en inducir una acción u omisión de un carácter definida y sustancial en el aceptante o una tercera persona y que induce dicha acción o abstención, es vinculante si la injusticia sólo puede evitarse mediante la aplicación de la promesa. El remedio proporcionado por el incumplimiento de dicha promesa puede ser limitado en tanto la justicia lo demande.
> (2) Una suscripción caritativa o un acuerdo de matrimonio es vinculante bajo la Subsección (1) sin prueba de que la promesa indujo a la acción o inacción.

En el Primer Restatement de los Contratos, figuras como el "*reliance*" (confianza) o el beneficio del promitente, fueron separadas del tema de la consideración de los contratos, ya que la consideración giraba básicamente sobre el intercambio negociado (quid pro quo), el mismo que

[1357] Gamage indica que el Estatuto de Fraudes "requiere que las promesas sustanciales sean registradas por escrito". (Gamage, D. y Kedem, A. (2006). Commodification And Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations. *The University of Chicago LawReview, 73, p. 1309).*

[1358] Barnett y Becker describen la Regla de la Evidencia Parol como una norma que excluye pruebas de promesas o garantías previas o contemporáneas cuando el tribunal cree que, si se hubiera pretendido que tales garantías sobrevivieran después de que el contrato se plasmara por escrito, este habría incluido dichas garantías. (Barnett, R. y Becker, M. (1987). Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations. *Hofstra Law Review*, 15(3), pp. 443-497).

[1359] Jerry explica que la Regla de la Evidencia Parol es un principio en el derecho contractual que generalmente impide la admisión de pruebas de términos inconsistentes o adicionales a un contrato escrito que parece completo en sí mismo. También describe esta regla como una que invalida los acuerdos orales hechos antes o al mismo tiempo que un acuerdo escrito. La Regla de la Evidencia Parol es una doctrina sustantiva que puede ser determinante en casos donde se disputa el alcance de las obligaciones contractuales, pero no prohíbe admitir pruebas con el propósito de determinar el significado. (Jerry, R. (1998). Insurance, Contract, And The Doctrine Of Reasonable Expectations. *5 Conn., Ins. L.J. 21,* p. 40).

[1360] Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. Seeción § 90. 1932. (EE.UU.).

fue la figura central de la misma noción del contrato como fuente de obligaciones basado en un intercambio de bienes y servicios.

Corbin (1953), uno de los artífices de esta figura del reliance, explica que el término utilizado de "promissory estoppel" es mejor entendido como "acción en confianza", entendiendo a la omisión como parte de la acción, y constituyéndose un efecto de la promesa, y no al contrario:

> En el caso de la acción de confianza, la relación de los dos factores es todo lo contrario: la promesa viene primero e induce la subsiguiente acción de confianza; que la acción posterior es un efecto y no causa de la promesa. (p. 283)

De modo que Corbin (1953) explica también que el término "promissory estoppel" era debatible por cuanto el término "estoppel" se usa para referirse a situaciones de misrepresentation (tergiversación o falsedad):

> Uno de los primeros intentos de una doctrina de exigibilidad entre la causa de la acción en confianza era establecer una regla que una promesa podría volverse exigible en razón de "estoppel promisorio". El uso de esta frase avanzó un poco, porque satisfizo la necesidad de los tribunales de una justificación de su ejecución de ciertas promesas en ausencia de cualquier negociación o intercambio acordado. Sin embargo, la frase es objetable. La palabra el impedimento legal se usa tan amplia y libremente que casi desafía la definición; sin embargo, en general, se ha aplicado a casos de tergiversación o falsedad de hechos y no de promesas. (p. 293)

Pero al margen de lo debatible del uso del término "estoppel" para adosarlo a la promesa, cuando en realidad estamos frente a la figura de una "acción en confianza", Corbin (1953) piensa que el *promissory estoppel* tiene sus raíces en la acción de *assumpsit* (ya revisado en el capítulo IV de esta obra) y lo explica de la siguiente forma:

> La acción de *assumpsit*, una variación de la acción de *trespass* en el caso especial, fue la primera acción utilizada y destinada al cumplimiento de promesas informales. El incumplimiento de una promesa fue considerado como una especie de engaño; y el remedio fue daños compensatorios por el daño causado por la acción del prometido en confianza razonable. Este fue uno de los gérmenes de los cuales surgió la doctrina de la consideración; y desde ese día hasta hoy, los tribunales han estado familiarizados con la idea de la confianza en una promesa como razón para la ejecución. Ciertamente, no hay histórica inconsistencia en la regla enunciada por el American Law Institute en la sección 90. (p. 283)

Queda claro que para Corbin (1953), el nacimiento del promissory estoppel es concomitante con el de la consideración, y ésta se basa en la antigua acción de *assumpsit*, la cual

también tenía por objetivo reparar el daño causado a través de remedios compensatorios. En realidad, podemos decir que el PE es un sustituto de la consideración[1361] cuyos elementos pasamos a revisar brevemente a partir de las explicaciones de uno de los padres de esta teoría, Corbin (1953):

> 1). Primero, se puede decir con seguridad que la acción o inacción debe equivaler a un cambio sustancial de posición… Al determinar si la acción de confianza es o no substancial, un tribunal debe enfrentar su responsabilidad con los ojos abiertos, sabiendo que aquí, al menos, no se puede llegar a la respuesta justa por cualquier lógica deductiva o por una jurisprudencia mecánica. Él siempre requerirá un juicio experimentado, un conocimiento de los modos y sentimientos de los hombres y de las costumbres sociales de los tiempos… La acción o indulgencia debe ser "definida" así como sustancial. (pp. 288-289)
> 2). En segundo lugar, se puede decir con igual seguridad que la acción o la inacción debe haber sido realmente prevista por el promitente, o debe ser de la clase de una persona razonable en su cargo lo habría previsto al hacer la promesa. (p. 289)
> 3). En tercer lugar, se debe haber hecho una promesa real y la promesa misma debe haber inducido la acción o la inacción en confianza en ello. (p. 289)[1362]
> 4). Finalmente, el *Restatement* justifica el cumplimiento de la promesa sólo "si la injusticia puede evitarse mediante la aplicación de la promesa." Esto plantea la peligrosa pregunta: ¿Qué es la justicia, sin dar ninguna regla o estándar para su respuesta? Aquí, también, los tribunales están acostumbrados al peligro. Pero, si todos los demás requisitos de la regla establecida se cumplen, ¿no es justicia exigir siempre el cumplimiento de la promesa? Hasta donde nos informa el propio *Restatement*, la respuesta es Sí. El citado tiene el mérito, sin embargo, invocar a la Justicia y recordar al tribunal que esta regla en particular no puede ser aplicada por un proceso mecánico. De hecho, por su misma existencia, la cláusula es una sugerencia de que a veces la respuesta debería ser No. (p. 290)

Por otro lado, Yorio y Thel (1991) mencionan un aspecto anecdótico relacionado con la inclusión de la sección 90 en el Primer Restatement, es decir, la incorporación del estoppel promisorio en su forma original en la sección 90 del Primer Restatement de 1932, en la década de 1926. Durante los debates del Instituto Americano de Derecho, según relatan Yorio y Thel (1991), ocurrió una anécdota que se desarrolló de la siguiente manera:

> Durante los procedimientos de 1926 del *American Law Institute*, un miembro de la audiencia le preguntó al profesor Samuel Williston, el reportero del Primer Restatement de los Contratos, sobre la siguiente hipótesis.

[1361] Fuller argumenta que el problema principal con la doctrina de la consideración es que a menudo se aplica sin hacer referencia a los objetivos subyacentes que se supone que debe cumplir. (Fuller, L. (1941). Consideration and Form. *Columbia Law Review, 41(5),* p. 824).

[1362] Por su parte Goetz menciona la insatisfacción con las "reglas mecánicas del derecho común" y la aparición de "alternativas más flexibles". (Goetz, C. (1980). Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *The Yale Law Journal, Vol. 89, Number 7,* p. 1401).

> Un tío, consciente de que el sobrino estaba pensando en comprar un automóvil, promete darle $1000. El sobrino compra un auto por $600. Si el tío incumple su promesa y su sobrino demanda, ¿qué recupera el sobrino, $1000 o $600? Williston respondió que el tío sería responsable por $1,000, el monto de su promesa. Aunque la respuesta de Williston satisfizo al interrogador inmediato, Frederic Coudert, el famoso abogado de Nueva York, desafió la respuesta de Williston en un intercambio que desde entonces se ha convertido en uno de los pasajes más cotizados en la ley del contrato estadounidense:
> SEÑOR. COUDERT: Permítame interferir una vez más, Sr. Reportero, haciendo esta pregunta. Por favor déjeme ver si lo entiendo correctamente. ¿Diría, Sr. Reportero, en su caso de Johnny y el tío, el tío prometiendo los $1000 y Johnny comprando el auto, digamos, él sale y compra el coche por $500, ese tío sería responsable de $1000 o sería responsable de $500?
> SEÑOR. WILLISTON: Si Johnny hubiera hecho lo que se esperaba que hiciera hacer, o está actuando dentro de los límites de las expectativas de su tío, creo que el tío sería responsable de $1000; pero no de otra manera.
> SEÑOR. COUDERT: En otras palabras, la justicia sustancial requeriría que ese tío debiera ser sancionado con la suma de $500.
> SEÑOR. WILLISTON: ¿Por qué dice "sancionado"?...
> SEÑOR. COUDERT: Debido a que se requeriría una justicia sustancial, me parece que Johnny obtiene su dinero para su coche, pero ¿debería conseguir su coche y $500 más? No lo veo.
>
> El desconcierto de Coudert fue compartido por otros miembros de la audiencia, que volvieron repetidamente al coche hipotético:
> HOMER ALBERS (Massachusetts): Todavía no estoy satisfecho de que Johnny podría tener el auto y $500, si comprara uno de segunda mano Buick por $500...
> JUEZ PAGE: Volviendo a Johnny, ¿Cómo podría haber una injusticia de Jhony si él no va a tomar los otros $500; como él podría hacer una injusticia, si él pagó solamente $500 por el carro?
> Ante este asalto, Williston se mantuvo firme:
> SEÑOR. WILLISTON: O la promesa es vinculante o no lo es. Si la promesa es vinculante, debe cumplirse en la medida que es hecha. (pp. 116-118)

Ahora bien, para entender cómo la teoría del PE se tipifica en la Sección 90, veamos cómo se produjeron los debates dentro del Instituto Americano de Derecho, que redactó dicha sección. Tales debates giran alrededor de la consideración como teoría dominante y el PE como figura alterna y excepcional.

En los debates para la redacción del Primer Sumario (Restatement) de los Contratos, tanto Corbin como los seguidores de Cardozo, perdieron ante Holmes y Williston; sin embargo, a la siguiente reunión Corbin regresa a la mesa de deliberaciones y dice:

> Caballeros, ustedes tienen el compromiso de escribir el *common law* de los contratos. Ustedes han adoptado una definición de consideración. Ahora yo someto a ustedes una lista de casos, cientos, ¿tal vez o miles?, en los cuales las cortes han impuesto una responsabilidad contractual bajo circunstancias en las que, de acuerdo a su definición, no habría consideración y por lo tanto responsabilidad. ¿Caballeros, que intentan hacer con todos estos casos? (Ngugi, J. 2007, p. 432).

La respuesta a la pregunta de Corbin, se cristaliza en la sección 88, luego reenumerada como sección 90 del Primer Restatement de los Contratos. Lo que hace Williston es incorporar la figura del "estoppel" dentro de la sección 90, sin llamarla específicamente "estoppel" pero llamándola por su contenido como "*justifiable reliance of the promisee*" (confianza justificable del aceptante). (Ngugi, J. 2007, p. 432 y ss).

Entonces las figuras como un reliance (confianza) no negociada o un beneficio conferido constituyeron la excepción a la norma, ya que dichas figuras no fueron consideradas como consideración, y la única razón por la cual podrían ser vinculantes era por la fuerza de la justicia. (Mc Cauliff, 2002, pp. 841-842).

Y es que la teoría de los contratos responde no solamente a una postura filosófica, sino a un esquema social y económico que funda una teoría sobre la que se ampara el contrato. De esta manera, la batalla de las distintas doctrinas del contrato no se ha basado solamente sobre la teoría de la oferta y aceptación (que es la médula ósea de la teoría de la consideración), sino también sobre la naturaleza y la esencia del contrato y lo que el contrato significa.

Por eso es que en el siglo XIX y XX nacen conceptos basados en la justicia y en la equidad, como el *reliance* o la confianza, y el beneficio conferido. Este *reliance* (confianza) consiste no solamente en un detrimento negociado sino también no negociado, y el beneficio también se refleja no solamente un intercambio negociado sino también en uno no negociado. (Mc Cauliff, 2002, p. 844).

Estos conceptos de PE frente a la clásica figura de la consideración del negocio (que asume la contemplación de un intercambio entre dos partes, o la figura de la consideración que expresa la razón –a partir de la reproducción del concepto del negocio o intercambio- por la cual las partes se unen) es harto distinto del concepto de la PE donde interactúan la promesa, el beneficio y el

detrimento de manera distinta, unidas por otro hilo conductor cual es el *detrimental reliance* (confianza detrimental).

En este enfoque, el contrato se concibe como un intercambio negociado basado en oferta y aceptación, y la consideración se limita a desempeñar el papel de ese intercambio, sin involucrar directamente el detrimento y el beneficio. Por otro lado, la figura del reliance o confianza se consideraba como una teoría separada del contrato y se mantenía dentro del ámbito del quasi-contrato. Fue entonces cuando la interacción entre el reliance o confianza y un detrimento o beneficio no negociado recibió el nombre de "promissory estoppel" (impedimento promisorio). (Mc Cauliff, pp. 844 y ss.)

Según Gilmore (1974) la teoría de la consideración va de la mano con la teoría del contrato basado en la teoría liberal del libre mercado. Ambas teorías, la del mercado libre y la del contrato, son concebidas a partir de considerar al hombre como un sujeto independiente y libre capaz de tomar decisiones independientes. (p. 7)

La figura de la consideración responde a las teorías del "intercambio", la "contraprestación" o del "negocio". En una economía de mercado, donde los bienes y los servicios son libremente intercambiados, el negocio, o la negociación de los bienes o servicios son transferidos libremente. Ese intercambio es la norma social que responde a la teoría de una economía de mercado. Ese intercambio comercial se produce en el marco de una economía libre de mercado. En contraparte, el intercambio de bienes y servicios en una economía controlada como en la ex-Unión Soviética, por ejemplo, el intercambio de bienes o servicios no se produce dentro de un marco liberal, sino en un marco estatal donde el Estado prima y controla todos los intercambios.

Gilmore (1974) opina con respecto a los contratos:

> ¿De dónde vino esta curiosa –uno estaría tentado a decir monstruosa- maquinaria? Es justo decir que la teoría del contrato no vino como un resultado natural del desarrollo de los casos, de hecho, representó un quiebre con el pasado. Los inventores de la teoría no lo crearon totalmente de sus cabezas. De hecho, ellos hicieron un uso industrioso de pedazos de caos, viejos y nuevos, para crear tal teoría… la teoría fue desde sus orígenes, y durante toda su vida, una torre de marfil de abstracción. Su natural *habitat* fue las escuelas de derecho y no las cortes de derecho… el balance de ruedas de esta gran máquina fue la teoría de la consideración. (p. 19)

Sin embargo, la teoría de la consideración no cobró ningún significado sino hasta el siglo XIX. Al final del siglo XVIII[1363], Lord Mansfield propuso que, tanto en el derecho inglés como en el derecho civil, todas las promesas hechas de manera seria deberían estar sujetas a una teoría más amplia que podría llamarse "causa invalidante" o "excusa del fraude, coacción, coerción y quizás cambio de circunstancias". Estas sugerencias fueron desestimadas aproximadamente 50 años después de la muerte de Mansfield. Sin embargo, persistió el interés constante en dar validez a las promesas en las cuales el promitente experimentara un beneficio o el aceptante sufriera un detrimento. Sobre la base de esta relación entre beneficio y detrimento, se desarrolló la teoría de la consideración que fue fundamental en la teoría contractual. La conexión entre el beneficio y el detrimento se encuentra en la enigmática frase de la "inducción convencional recíproca", que establece una relación entre la consideración y la promesa, y entre la promesa y el detrimento. Esta noción tiene similitudes con la teoría clásica de la causa de Domat y Pothier[1364] en el derecho civil, que se basa en el principio del "quid pro quo". (Kraus, 2008, pp. 159-160.)

La teoría del "negociación" o "bargain" fue amoldada por Holmes, como lo vimos anteriormente, quien define a la consideración como una acción o una promesa retornada que es "negociada" y sostiene que la acción o la promesa dada en retorno fueron "negociadas" si "fue perseguida por el promitente a cambio de su promesa y es dada por el aceptante a cambio de su promesa." (Kraus, 2008, pp. 159-160).

Para Gilmore (1974), tanto Holmes como Williston cometieron fraude al citar casos para dar soporte a sus teorías doctrinales que no tenían nada que ver con esos casos, y en algunos casos entraban en contradicción con dichas teorías. Es decir, Holmes y Williston trataron de objetivar bajo la teoría de la contraprestación (consideración) casos resueltos bajo la teoría subjetiva de los contratos. (p. 45).

Por otra parte, la teoría del intercambio de Holmes está incrustada en la sección 75 del Primer *Restatement* de los Contratos. El primer *Restatement* de los Contratos es la obra maestra

[1363] Barnett comenta que el Estatuto de Fraudes fue una respuesta necesaria al cambio en el mandamiento de *assumpsit* en el siglo XVII. (Barnett, R. (1996). The Death of Reliance. *46 J. Legal Educ., Georgetown University Law Center*, p. 520).
[1364] Pound critica la noción de causa, sugiriendo que se consideraba excesivamente complicada o restrictiva. Cita a Pothier, quien indica que las categorías contractuales del derecho romano eran "muy distantes de la simplicidad". Esta perspectiva implica una visión crítica de la causa, percibiéndola como alejada de un enfoque práctico y sencillo en la legislación contractual. (Pound, R. (1922). An Introduction to the Philosophy of Law. *New Haven: Yale University Press*, p. 238).

de Corbin y Williston, quienes, pese a su diferencia de edad, temperamentos y planteamientos, lograron una amistad a lo largo de sus largas vidas; sin embargo, Holmes no participó en la redacción de este tratado. (Gilmore. 1974, p. 66.)

La sección 75 de los contratos en el Primer Restatement[1365] define la consideración como (a) un acto (que no sea una promesa) o (b) una omisión o (c) la creación, modificación o destrucción de una relación legal, o (4) la promesa en retorno, que sea negociada y dada a cambio de la promesa[1366].

Como vemos, la sección 90 del Primer Restatement habla de otro tipo de "consideración": del *detrimental reliance*. La sección 75 fue la creación de Williston (con clara influencia de Holmes); mientras que la sección 90 fue la creación de Corbin (inspirado en las opiniones de Cardozo). (Gilmore. 1974, p. 69.)

Es preciso aclarar que la teoría del "promissory estoppel" fue interpretada en un inicio para campear en situaciones no comerciales, mientras que posteriormente se expandió a situaciones "comerciales", como lo veremos posteriormente.

Al final de su análisis, Gilmore (1974) cree que la figura del *promissory estoppel* de la sección 90 ha terminado por tragarse a la figura de la consideración de la sección 75:

> Claramente la ambigüedad no resuelta en la relación entre la sección 75 y la sección 90 en el Primer Restatement ha sido ahora resuelta en favor del *promissory estoppel* de la sección 90, el que se ha tragado a la teoría del intercambio de la sección 75… Hablando descriptivamente, podríamos decir que lo que está pasando es que el contrato está siendo reabsorbido dentro de la corriente de los 'torts'. (p. 79)

Por su parte, en el *civil law*, si un acuerdo es carente de causa, el acuerdo resulta inválido; sin embargo, en el *common law*, si el acuerdo es carente de consideración, el *reliance* suple carencia. (Philippe. 2005, p. 392). De esta manera, el *promissory estoppel* se tiene una naturaleza contractual.

[1365] Primer Restatement of the Law of Contracts (ROC). 1932.
[1366] Primer Restatement of the Law of Contracts (ROC). 1932.

2.2.2. Segundo Restatement de los contratos: concepto de PE

El Segundo *Restatement* de los Contratos es una creación del *American Law Institute* ("ALI"), que fue fundado en 1923 para promover la claridad y simplificación de la ley y su mejor adaptación a las necesidades sociales, para asegurar una mejor administración de justicia. El Segundo *Restatement* de los contratos fue publicado en 1981 y tuvo un enorme impacto en la aplicación jurídica de los contratos.

Burton (1995) expone una vista panorámica sobre el Segundo Restatement:

> El Segundo Restatement de Contratos se inició en 1962 y se completó en 1979. Gran parte fue escrita por el profesor Robert Braucher de la Facultad de Derecho de Harvard, hasta que renunció al ser nombrado para el Tribunal Judicial Supremo de Massachusetts. El profesor E. Allan Farnsworth de la Facultad de Derecho de Columbia completó principalmente la tarea. La relación entre el Segundo y el Primer Restatement fue expresado por el Director del *American Law Institute* de la siguiente manera:
>
> "Los reporteros, sus asesores y el Instituto abordaron el texto del primer Restatement con el respeto y la delicadeza que corresponden a un clásico. A medida que avanzaba el trabajo, se descubrió relativamente poca necesidad de una revisión importante en el sentido de cambiar las posiciones adoptadas sobre temas importantes, aunque el Código Comercial Uniforme inspiró varias adiciones significativas... No se menosprecia a los volúmenes de 1932 al decir que las revisiones y adiciones presentadas aquí mejoran considerablemente su calidad. De hecho, esto se acerca mucho a una obra nueva". Introducción al Segundo Restatement de Contratos (1979).
>
> El Segundo Restatement de Contratos ha recibido un reconocimiento considerable pero no uniforme por parte de los tribunales. Por lo tanto, un tribunal puede seguir los precedentes del derecho consuetudinario en la jurisdicción pertinente o al Primer Restatement de Contratos respaldada por el precedente, o puede seguir las disposiciones del Segundo Restatement. En la práctica, por lo tanto, un abogado debe consultar el derecho de la jurisdicción sobre el tema legal específico. Las restituciones pueden ser utilizadas cuando no hay una ley clara sobre el punto o cuando hay motivos para creer que la ley podría cambiar por decisión de los tribunales. En este último aspecto, el Segundo Restatement de Contratos sirve como una declaración convencional de "la visión moderna" del derecho, incluso cuando difiere de la ley formal en los libros de una jurisdicción particular. Tiene un "peso persuasivo" considerable, pero no es formalmente parte de la ley que los jueces tienen el deber de defender. (pp. 9-10).

Entender que el Promissory Estoppel nace a consecuencia de la decadencia y la ineficiencia de la teoría contractual de la consideración es un primer paso. Los miles de casos que empujaron a la creación del Promissory Estoppel cuajados en la sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos encuentra pronto colisiones legislativas con otras figuras que pasamos a estudiar antes de entender el concepto de esta doctrina. (Ngugi, 2007, p. 428-429).

El texto de la Sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos de 1981, que dice: Actualización Segunda de los Contratos § 90: Promesa que induzca razonablemente a la acción o la omisión[1367]:

> 1.- Una promesa que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción u omisión por parte del aceptante o de un tercero y que induce tal acción u omisión es vinculante si la injusticia puede evitarse únicamente mediante el cumplimiento de la promesa. El remedio concedido por incumplimiento podrá ser limitado según lo exija la justicia.
> 2.- Una suscripción caritativa o un acuerdo de matrimonio son vinculantes según la subsección (1) sin prueba de que la promesa indujo a la acción o la inacción.

Como vemos, el común denominador de la concepción del Promissory Estoppel del Primer *Restatement* de los Contratos de 1932 y el Segundo Restatement de los Contratos de 1981 es que en la primera edición se catalogaba la promesa como "definido y sustancial", cosa que no existe en el Segundo edición cuyo lenguaje es más laxo al catalogar o calificar la promesa que induce un cambio de posiciones del aceptante.

De esta forma, Perillo (2003) cree que existen cuatro elementos del antiguo numeral 90 del Primer Restatement que fueron dejados de lado por el nuevo numeral 90 del Segundo Restatement de Contratos, a saber:

> 1) Ha eliminado las palabras "de carácter definido y sustancial" del texto de la sección. (2) Agregó una nueva oración que permite la flexibilidad del remedio; por ejemplo, no es necesario hacer cumplir una promesa en la que se confíe razonablemente mediante la concesión de daños basados en el interés esperado. Esta nueva disposición sobre la flexibilidad del recurso contribuyó a la omisión de las palabras "de carácter definido y sustancial". (3) También ha previsto la contingencia de la confianza de un tercero en una promesa. (4) Establece que una suscripción caritativa o un acuerdo de matrimonio son vinculantes sin prueba de que la promesa indujo a la acción o la indulgencia. (p. 257).

[1367] Second Restatement of Contracts [SRC], 1981. (EE.UU.)

De esta forma podemos definir el *Promissory Estoppel* como la promesa hecha por el promitente al aceptante o promisario que confía en ella y realiza una acción u omisión en confianza en dicha promesa y que le resulta en un daño económico que debe ser resarcido, en interés de la justicia, independientemente si la parte promitente actuó de buena o mala fe.

Los elementos del PE serían entonces los siguientes:

1. Existencia de una promesa que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción u omisión por parte del aceptante o de un tercero (promesa y previsibilidad de la confianza)[1368].
2. La promesa efectivamente indujo a tal acción u omisión por parte del aceptante o promisario en confianza en tal promesa.
3. El promisario o aceptante experimentó un daño al actuar (o no actuar) de acuerdo a la promesa y confiando en ella (detrimento).
4. Dicho daño debe ser resarcible en interés de la justicia, lo que puede implicar el interés negativo (restitución de los perjuicios sufridos) o la ejecución forzosa (cumplimiento de la promesa original), o hasta en ciertos casos incluye el interés positivo.

Los casos revisados generalmente coinciden en los elementos que deben establecerse para probar un reclamo de estoppel promisorio. Por ejemplo, en *Wyatt v. Bellsouth, Inc*., 757 So. 2d 403 (Ala. 2000), la Corte Suprema de Alabama describió los tres elementos del estoppel promisorio: una promesa, previsibilidad de la confianza y una confianza sustancial en detrimento del prometido. De manera similar, en *Newton Tractor Sales v. Kubota Tractor*, 233 Ill. 2d 46 (Ill. 2009), la Corte Suprema de Illinois describió cuatro elementos: una promesa inequívoca, confianza en la promesa, previsibilidad de la confianza y detrimento del prometido. Los casos difieren ligeramente en la forma en que articulan los elementos, pero la sustancia es en gran medida la misma.

[1368] La previsibilidad en inglés es “forseeability”.

La Sección 90 rápidamente fue utilizada para aplicarla a situaciones que iban más allá de las promesas gratuitas del siglo diecinueve. A partir de ello surgieron nuevos problemas con respecto a la promesa vinculante (promissory estoppel) en el sentido de que si ésta se utilizaría como sustituto de la consideración, o como un requerimiento alternativo a la consideración, o en vez de los requerimientos contractuales como la oferta y la aceptación, o si se debiera aplicar a promesas comerciales.

Aunque la sección 90 no limitó expresamente el alcance de la norma a promesas no comerciales, algunos cuestionaron la propiedad de extender una doctrina diseñada para evitar los problemas de la confianza o dependencia en casos de promesas gratuitas imposibles de ejecutar bajo sello, o promesas mercantiles sin consideración. *Pillans v. Van Mierop*, 3 Burr. 1668, 1669, 97 Eng. Rep. 1035, 1038 (K.B. 1765).

Por lo tanto, hay tres casos que ilustran la evolución de la Sección 90. Todos estos casos involucran a un subcontratista que proporciona una estimación al contratista general. El contratista general confía en esta estimación al calcular su propio presupuesto, que luego presenta a su cliente para la construcción de un proyecto gubernamental.[1369]

En el primer caso, *James Baird Co. v. Gimbel Bros.,* 64 F.2d 344 (2d Cir. 1933), se admitió que la promesa vinculante se había generalizado en la sección 90, sin embargo preservó la libertad del ofertante de negociar. En este caso, el Juez Learned Hand sugirió que la sección 90 no podía

[1369] Las ilustraciones que trae el Segundo Restatement de los Contratos son interesantes de analizar. La primera ilustración está inspirada en la ilustración 3 al anterior artículo 90 del anterior Restatement, y es basado en los casos *Devecmon v. Shaw*, 69 Md. 199, 14 A. 464 (1888); *Hamer contra Sidway*, 124 N.Y.538, 27 N.E. 256 (1891).
Ahora bien, pasando al comentario (b) del artículo 90 del Segundo Restatement, los redactores enfatizan en la razonabilidad de ese reliance o confianza de la parte perjudicada que actuó en base a la promesa. Tenemos tres ilustraciones con respecto a este comentario.
La segunda ilustración, donde el banco A promete a B no ejecutar la hipoteca de B que A tiene sobre el terreno de B, o sea lo que se llama un "forbearance", un perdón por cierto espacio de tiempo. En base a esta promesa, B hace construcciones y mejoras en el terreno. La promesa de A es vinculante ante la decisión de A de ejecutar la hipoteca antes de vencido el plazo de ese perdón (forbearance). Esta ilustración está basada en el caso *McLearn v. Hill*, 276 Mass. 519, 177 N.E. 617 (1931).
La cuarta ilustración, es el caso de A que estuvo empleado para B por 40 años, en el que B promete pagar a A una pensión de $200al mes cuando se retire A. Entonces, confiado en esta promesa, A se retira y rehúsa trabajar para otras compañías por algunos años mientras B paga la pensión. La promesa de B es vinculante. Esta ilustración está basada en los casos *Feinberg v. Pfeiffer Co.*, 322 S.W.2d 163 (Mo.Ct. App.1959); cf. *Ricketts v. Scothorn*, 57 Neb. 51, 77 N.W. 365 (1898); y en la ilustración 2 al antiguo artículo 90 del Primer Restatement, caso de *Contrast Division of Labor Law Enforcement v. Transpacific Trans*. Co., 69 Cal.App.3d 268, 137 Cal.Rptr. 855 (1977).
La ilustración 10 se refiere al caso de un dueño de una pastelería que entra en negociaciones con el dueño de una franquicia de supermercados B prometiéndole a A darle la franquicia del supermercado si es que A le daba a B $18,000, cerraba su pastelería, se movía a otra ciudad para abrir el negocio de supermercado bajo la franquicia de B. Pues bien, A hizo todo eso, a pérdida y al momento de cristalizar el trato B le exige que aumente el monto de $18,000 y los acuerdos se truncan. Esta ilustración está basada en *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965); *Janke Constr. Co. v. Vulcan Maters*. Co., 386 F.Supp. 687 (W.D.Wis.1974), aff'd, 527 F.2d 772 (7th Cir.1976).

ser aplicada en el contexto contractual comercial, mas solamente en las áreas marginales de donación, subscripción caritativa y regalo. Su punto era que la teoría de la consideración planteaba que ofertas que no tenían consideración no eran promesas vinculantes, a menos que exista algo en retorno (cual es la concepción clásica de la consideración). De modo que no sería razonable a un contratante en confiar en una promesa si no tiene consideración[1370]. En tal caso, las condiciones requeridas por la sección 90 (confianza razonable *–reasonable reliance*-en una promesa sin consideración) nunca estarían justificadas. La consideración en este sentido absorbería al "reliance".

En el segundo caso diez años después (*JaNorthwestern Eng'g Co. v. Ellerman, 10 N.W.2d 879, 884, 69 S.D. 397, 408 (1943)*, la Corte Suprema de Dakota del Sur expresamente rechazó la posición de Hand de que la teoría de la promesa vinculante no se debería aplicar a ofertas comerciales. *Northwestern Eng'g Co. v. Ellerman,* 10 N.W.2d 879, 884, 69 S.D. 397, 408 (1943); *Robert Gordon, Inc. v. Ingersoll-Rand Co*., 117 F.2d 654, 661 (7th Cir. 1941).

El tercer caso, *Drennan v. Star Paving Co.*, 333 P.2d 757, 51 Cal. 2d 409 (1958), se basó en los daños económicos como producto de la diferencia entre los estimados del subcontratista para hacer el trabajo, y el precio pagado a otro subcontratista. La opinión del Juev Traynor en 1958, nos dice Teeven (2005) en este caso, marca el inicio de una creciente aceptación de la teoría de que la confianza no negociada podía vincular a los promitentes comerciales (p. 1151).

De esta forma, en 1981, los comentarios a la sección 90 del Segundo Restatement, reconocieron la extensión de la doctrina a promesas comerciales. *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.,* 13 N.W.2d 267, 26 Wis. 2d 683 (1965); *Haute Brewing Co. v. Dugan,* 102 F.2d 425 (8th Cir. 1939), *Goodman v. Dicker*, 169 F.2d 684 (D.C. Cir. 1948).

Asimismo, aquellos casos de franquicia comercial, cancelables a voluntad, hubo protección cuando el inversionista confió en las promesas y esperó un plazo más largo para recuperar su inversión. *Clausen & Sons, Inc. v. Theo. Hamm Brewing Co.*, 395 F.2d 388 (8th Cir. 1968); *Hardin v. Eska Co*., 127 N.W.2d 595, 256 Iowa 371 (Iowa 1964).

[1370] Por su parte, Feinman y Feldman manifiestan que las promesas sin consideración pueden ser ejecutadas para proteger una confianza razonable. (Feinman, J. y Feldman, M. (1985). Pedagogy and Politics. *Georgetown Law Journal, 73*, pp. 905-906).

Ambos jueces Hand y Traynor aún se refieren a las teorías de la oferta y la demanda, pero arribaron a diferentes conclusiones. Mientras que Hand favoreció la libertad empresarial individual al nivel negocial, Traynor se enfocó en la injusticia de la confianza o dependencia detrimental del promitente. (Teeven. 2005. p. 327.)

Siete años después de que Traynor encontró justiciable una oferta no aceptada, pero sobre la que se confió, una Corte de Wisconsin se encontró con el problema de determinar si la noción podía extenderse a una promesa que no constituyó oferta pero que se extendió al nivel de negociaciones. La Corte de Wisconsin en el caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.,* 13 N.W.2d 267, 26 Wis. 2d 683 (1965) (en adelante *Hoffman v. Red Owl* o simplemente *Hoffman)* respondió en sentido afirmativo en el caso de una promesa considerada demasiado indefinida para tener el nivel de oferta.[1371] Este caso se distanció de la parcial adherencia de Traynor a las nociones del intercambio negociado y se liberó de dos nociones fundamentales en la formación de los contratos[1372] (consideración y oferta-aceptación).

El uso de la teoría del "promissory estoppel" en *Hoffman* representó un desafío a la doctrina contractual al encontrar responsabilidad contractual sin la necesidad del requisito de buena fe en la contratación. En cambio, se basó en el principio de la justicia, permitiendo reclamos basados únicamente en la confianza, sin requerir que la promesa estuviera respaldada por una contraprestación. Además, se estableció que el "promissory estoppel" no equivalía a una acción

[1371] Ver también *Wheeler v. White*, 398 S.W.2d 93, 94, 97 (Tex. 1965) (ejecutando un acuerdo financiero indefinido basado en la promesa vinculante o "promissory estoppel"). La definición es más un problema cuando los daños por esperanza son pagados que cuando, como en *Hoffman v. Red Owl*, los daños son por confianza o dependencia.

[1372] Tenemos también otros casos donde la figura de la consideración se la amplia para dar cabida a otros intereses. En el caso *Hamer v. Sidway*, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891), en el cual el demandado Story promete $5,000 a su sobrino demandante William si se abstuviese de consumir drogas, alcohol, tabaco, de jugar por dinero, o de hablar groserías hasta los 21 años. El sobrino cumplió y el tío le mandó una carta prometiendo que los $5,000 serían transferidos al sobrino. Al final el tío muere sin pagarle el dinero al sobrino y éste tuvo que demandar a la sucesión del tío. A fin de cuentas, la Corte opinó que sí existía una teoría de la consideración por cuanto el Demandado no estaba obligado a restringirse el goce de ciertas libertades para las cuales podría haberlas ejercido (jugar cartas, hablar groserías, apostar, fumar, libar licor, etc.), por lo que esta restricción representó un detrimento para el sobrino -opinó la Corte- y un beneficio para el tío, por cuanto vio satisfechas sus expectativas de que su sobrino se restringiera de ejercitar tales libertades. Entonces la demanda del sobrino fue aceptada. El Juez Paker, en este caso, extrayendo la definición de consideración del caso *Currie v Misa*, (1875) LR 10 Ex 153, 162, expuso en favor de su decisión:
"Una consideración valorable, en el sentido de la ley, puede consistir en un derecho, interés, ganancia o beneficio para una parte, o en un detrimento, pérdida o responsabilidad dada, sufrida o tomada por la otra. Las Cortes no preguntarán si la cosa que forma la consideración en efecto beneficia al aceptante o a una tercera parte, o si hay un valor sustancial para alguna. Es suficiente que algo sea prometido, hecho omitido o sufrido por la parte a quien la promesa es hecho como consideración por la promesa hecha a él.
Como vemos, esta decisión es una prueba de que la teoría de la consideración se apartaba del clásico concepto del intercambio negociado ("bargain").

contractual y no exigía demostrar la falta de buena fe. De ahí que, los legisladores en 1981 citaron este caso como un precedente válido.

Asimismo, el elemento de la "confianza o dependencia" ("reliance") apareció diseminado por todo el Segundo Restatement en áreas como el Estatuto de Fraudes, ofertas firmes, modificaciones contractuales, y garantías contractuales. Los legisladores revisaron la Sección 90 para permitir la ejecución parcial, y proveer que la confianza no necesitaba ser "definida y substancial" (como en el primer Restatement) para equipararse a las promesas comerciales, y para incluir casos de confianza de previsibles terceras partes. Estas revisiones fueron respuestas a decisiones subsecuentes a 1932.

En resumen, en Estados Unidos, la teoría de la "promesa vinculante" había alcanzado suficiente madurez[1373]. Lo que Williston intentó hacer en el Restatement fue ampliar el elemento de negociación "bargain" más allá de los conceptos clásicos de consideración como beneficio para el promitente o perjuicio para el aceptante. Para lograr esto, incorporó la figura del "promissory estoppel" en el numeral 90 del Primer Restatement de Contratos, basándose en el concepto de "detrimental reliance" (confianza perjudicial).

A). Forma v. Sustancia: la sección 71 frente a la sección 90 del segundo Restatement de los contratos

El problema del "reliance" (confianza) o "promissory estoppel" entra a jugar cuando la teoría de la consideración falla, y es entonces donde se recurre a esta teoría para encontrar de alguna manera responsabilidad en alguna de las dos partes y proceder así a analizar cuál es el agente obligado. Es así que la Sección 71 habla de la formalidad de la consideración mientras que la Sección 90 habla de la sustancialidad del "reliance": Forma vs. Substancia.

El problema radica en cómo distinguir contratos con consideración que se generan a partir de la Sección 71, de aquellos contratos sin consideración derivados del "reliance" (confianza) de la sección 90. La doctrina parece encontrar una solución un poco tímida. Se argumenta que si la

[1373] En esta misma línea de análisis, Goetz argumenta que la teoría de la consideración es problemática porque no tiene en cuenta las numerosas situaciones en las que se hacen promesas fuera de los contextos tradicionales de negociación. Específicamente, discute las dificultades en la ejecución de promesas no recíprocas. (Goetz, C. (1980). Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *The Yale Law Journal, Vol. 89, Number 7,* p. 1410).

intención del promitente es hacer que el aceptante haga o dé lo que tenía que dar o prometer, entonces estaríamos frente a la figura de la consideración; pero si el promitente no desea ese resultado, entonces estamos frente al contrato sin consideración.

La Sección 71 del Segundo Restatement de los Contratos presenta una formulación de la consideración[1374] concomitante con la teoría del intercambio negociado[1375]. En sí la Sección 71 formula la teoría de la siguiente manera[1376]:

> (5) Para constituir consideración, una acción o una promesa debe ser negociada.
> (6) Una acción o una promesa es negociada si es buscada por el promitente a cambio de su promesa y es dada por el aceptante a cambio de tal promesa.
> (7) La acción consiste en:
> a. Un acto que no sea una promesa, o
> b. Una omisión, o
> c. La creación, modificación, o destrucción de la relación legal.
> (8) La acción o la promesa puede ser dada por al promitente o a otra persona. Y puede ser dada por el aceptante u otra persona.

Por su parte la Sección 90 del Segundo Código resume la figura de la "confianza" (*reliance*) de la siguiente manera:

> (1) Una promesa que el promitente razonablemente espera inducir una acción u omisión del aceptante es ejecutable si la injustica puede ser evitada solamente a través de la ejecución de tal promesa.

La diferencia entre Sección 71 y Sección 90 es que la primera está basada en un concepto de mutualidad, de bilateralidad, de intercambio negociado, donde la promesa es entregada a cambio de otra promesa, o de una acción u omisión. En esta sección 71 la consideración es una mera formalidad[1377]. En cambio, en la Sección 90, lo que existe es una unilateralidad donde el

---

[1374] Gorley sugiere que la teoría de la consideración no es tan útil como lo fue en el pasado. Específicamente, el documento argumenta que la doctrina de la iniquidad permite a los tribunales examinar la equidad directamente, lo que hace que la teoría de la consideración sea innecesaria, excepto en el contexto de los regalos. Asimismo, menciona que la doctrina de la consideración ha sido preservada por el segundo Restatement of Contracts y que todavía hay algunos estados que la utilizan. (Gordley, J. (2000). The Common Law in The Twentieth Century: Some Unfinished Business. *88 Cal. L. Rev.*, pp. 1858 y ss.).

[1375] Farnsworth nos recuerda las principales críticas a la consideración que vimos en el capítulo IV, y señala que la doctrina de la contraprestación puede llevar a dificultades e injusticias, que no permite la ejecución de algunas promesas gratuitas, y que la teoría es circular. Otras críticas mencionadas incluyen la dificultad para determinar lo que constituye una "causa o razón suficiente" para la ejecución y el énfasis en la promesa en lugar de la deuda. (Farnsworth, A. (1987). Contracts Scholarship in The Age of The Anthology. *Michigan Law Review.* 85 Mich. L. Rev., pp. 1406-1462).

[1376] American Law Institute. (1981). Sección 71: Requerimiento de intercambio [SRC].

[1377] Gamage y Kedem argumentan que la teoría de la consideración es defectuosa porque se basa en dos suposiciones incorrectas: (1) que cualquiera puede respaldar una promesa con una contraprestación nominal si así lo desea, y (2) que cuando las partes utilizan un formalismo para hacer que sus promesas sean legalmente vinculantes, necesariamente desean estar obligadas. (Gamage,

promitente realiza una promesa, pero consiente en que tal promesa inducirá a la otra persona a una acción u omisión, que es lo que se llama "detrimental reliance" o confianza del aceptante. Este "reliance" debe ser en sí real y no una mera posibilidad (Atiyah, 1981, p. 40).

En la sección 90, el aceptante es inducido por la fuerza de la promesa del promitente. La figura de la confianza detrimental ("detrimental reliance") está basada en la sustancia del contrato y no en la formalidad de la consideración. Es decir, la confianza detrimental se sustenta en elementos sustanciales como la intención o el objeto, mientras que la figura de la consideración, en la Sección 71, está inspirada en simples formalidades que, a su vez, tienen que sustentarse en figuras sustanciales como la intención y el objeto.

El caso de *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965), ejemplifica perfectamente esta correlación. En este caso la tienda Red Owl Stores quería que Hoffman se convirtiera en un afiliado de su cadena de tiendas, entonces la tienda realizó algunas promesas a Hoffman, sin embargo, no existió una mutualidad o una "inducción mutua de promesas" porque los actos preparatorios de Hoffman no eran los esperados por la tienda (no hubo valor objetivo para la tienda) o no eran deseados por la tienda (no hubo intención subjetiva para la tienda). Pero como no existe esa mutualidad, la Corte no lo vio como un caso de consideración porque la formalidad estaba ausente, pero lo vio como un caso de confianza detrimental ("detrimental reliance") porque el objeto substancial o el cambio de posiciones de Hoffman estuvo presente.

De modo que la diferencia entre la Sección 71 y Sección 90, es que la consideración es meramente formal y no resuelve situaciones donde no existe mutualidad o bilateralidad; en cambio, la confianza detrimental fácilmente se enfoca o en la intención o en la promesa inductiva y en la acción u omisión del aceptante, y valora estas acciones u omisiones para evitar injusticias[1378], pese a que la consideración esté ausente (como el caso de *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965)).

Podría pensarse que todavía existe una intercomunicación entre la consideración y la figura del "reliance" o confianza detrimental; sin embargo, algunas Cortes tratan de buscar la consideración para justificar la exigibilidad de una obligación, ante cuya ausencia, invocan la

D. y Kedem, A. (2006). Commodification And Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations. *The University of Chicago Law Review, 73,* p. 1302).

[1378] En esta línea de argumentación, Gordley manifiesta que una crítica a la teoría de la consideración es que es innecesaria, ya que se formuló en una época en la que los tribunales no estaban dispuestos a admitir que les importaba la equidad de un contrato. Ahora que la doctrina de la iniquidad permite a los tribunales examinar la equidad directamente, la teoría de la consideración sólo es necesaria en el contexto limitado de los regalos. (Gordley, J. (2000). The Common Law in The Twentieth Century: Some Unfinished Business. *88 Cal. L. Rev.,* p. 1858).

doctrina del reliance. Pero, pese a ello, esta prelación de algunas Cortes es una preferencia precaria porque la figura del *reliance* siempre da soluciones más acertadas en casos de ausencia de consideración, siempre y cuando exista confianza y cambio de posición en atención a esa confianza.

El caso de *James Baird Co. v. Gimbel Bros,* 64 F.2d. 344 (2d Cir. 1933), es un ejemplo interesante. En este caso, el Juez Hard sugirió que la Sección 90 no podría aplicarse en un contexto comercial, pero sí en un contexto de regalos o suscripciones caritativas. Su teoría se basaba en que las ofertas que carecen de consideración son inejecutables a menos que la oferta o promesa sea recibida a cambio. En este caso, el juez consideró que la consideración había consumido al "reliance".

Sin embargo, el Juez Hard cometió un error al limitar el "reliance" sólo a los regalos o caridades, ya que esto no puede monopolizar los contratos. Aunque una parte confíe en las promesas de la otra parte, no debería restringir la aplicación de la Sección 90 únicamente a casos de regalos o caridades, ya que el principio del "promissory estoppel" puede aplicarse en una variedad de contextos contractuales.

De la misma manera, si se toma en serio la doctrina del "reliance", la consideración desaparecería porque el "reliance" es la piedra angular de los contratos. Entonces el "reliance" consumiría a la consideración.

¿Y cómo solucionar este conflicto entre consideración y *reliance*? A manera de respuesta, las cortes aplican ambas teorías secuencialmente, primero usan la teoría de la consideración, y luego la teoría del *reliance*, o a veces lo hacen simultáneamente.

En otro caso, *Drennan v. Star Paving*, 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 (1958), un subcontratista ofrece un estimado a un contratista general que a su vez somete su propia oferta a un cliente, básicamente basado en el estimado del del subcontratista. En este momento, la oferta del contratista general es aceptada por el cliente, y allí se perfecciona el contrato entre el cliente y el contratista general. Entonces el Juez encargado de este caso, Juez Traynor, comienza su análisis expresando que la figura de la consideración no producirá un resultado que haga obligatorio el estimado del subcontratista. El subcontratista sometió su estimado sabiendo que iba a ser utilizado por el contratista general en su propia oferta al cliente, sabiendo que su estimado iba a provocar un cambio de posiciones en el contratista general. Por esta razón, el Juez Traynor falla a favor del contratista general.

Ello no hace sino reforzar el concepto de que la consideración necesita –como una figura formal- de la ayuda de otros elementos para funcionar[1379]. Y es que la consideración y el "reliance" parecen consumirse el uno al otro. Es decir, si la teoría formal de la consideración se considera en sentido stricto, se corre el riesgo entonces de que el "reliance" sería innecesario. (Dalton, C. 1985, p. 1087.)

Es cierto que la jurisprudencia y la realidad han permitido que la teoría del "Promissory Estoppel" (PE) no sólo sea considerada como un sustituto de la consideración en los contratos, sino como una figura independiente con sus propias características y como una causa de acción autónoma. En este sentido, el PE coexiste con la consideración[1380], aunque el papel y la importancia de la consideración se han visto reducidos en comparación.

La evolución de esta teoría ha permitido que las partes puedan recurrir al PE para hacer valer promesas en las que confiaron, incluso si no hubo una consideración tradicional en el contrato. Esto amplía las posibilidades de hacer cumplir acuerdos basados en la confianza y el detrimento que las partes puedan haber experimentado, lo que enriquece el panorama contractual.

2.3. Elementos del *promissory estoppel*

Los elementos que hemos podido detectar a partir del estudio del estudio de casos prácticos, que veremos en este acápite, son:

1.- El promitente realiza una promesa (o un acto u omisión) clara y definida, sobre un hecho presente o futuro que se espera genere una inducción a la actuación (u omisión) del aceptante.

2. El aceptante de la promesa o declaración actúa en confianza de dicha promesa, es decir, en confianza en tal testimonio o promesa o manifestación.

3. El aceptante sustenta daños (detrimento) al actuar en confianza de dicha promesa.

4.- La injusticia que puede evitarse mediante el cumplimiento de la promesa.

[1379] Gordley argumenta que la doctrina de la consideración es un vestigio obsoleto del pasado y que no es necesario para hacer cumplir una promesa. Además, critica la forma en que los escritores de tratados han intentado racionalizar este requisito, argumentando que no han tenido éxito. (Gordley, J. (2000). The Common Law in The Twentieth Century: Some Unfinished Business. *88 Cal. L. Rev*., pp. 1848-1850.

[1380] Leibman y Nathan creen que el PE es una teoría independiente de recuperación. (Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev. 1465,* pp. 1479 y ss.).

El caso *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965), es uno de los casos emblemáticos en el contexto del promissory estoppel y será estudiado en detalle en el Anexo IV, especialmente desde la perspectiva de la teoría de la CIC.

2.4. Clases de promissory estoppel

2.4.1. En el marco familiar

Tenemos casos de donaciones intra familiares que resultan vinculantes por fuerza de la confianza detrimental del promisario. El caso *Devecmon v. Shaw*[1381](analizado al detalle en el anexo IV) nos demuestra las cualidades del promissory estoppel en el área de donaciones intrafamiliares. Según Perillo (2003, p. 256), la distinción fundamental entre una promesa respaldada por consideración y una promesa gratuita respaldada por el *estoppel promisorio* radica en que, en el primer caso, el detrimento se negocia como contrapartida de la promesa.

En este caso, el demandante, John Semmes Devecmon, presentó una demanda contra los administradores de la sucesión de John S. Combs, quien había fallecido. Devecmon alegó reclamaciones comunes y proporcionó detalles específicos de los hechos que respaldaban sus reclamaciones. Después de obtener un fallo por rebeldía en su favor, se llevó a cabo un juicio para determinar los daños sufridos por Devecmon.

Durante el juicio, se presentó evidencia que incluía cuentas tomadas de los libros del fallecido y testimonios que respaldaban la relación entre Devecmon y Combs. Devecmon intentó demostrar que había realizado un viaje a Europa a solicitud de Combs, quien prometió reembolsarle los gastos del viaje. Sin embargo, el tribunal no admitió esta evidencia en un principio.

La corte de apelaciones posteriormente revisó el caso y determinó que el testimonio sobre el viaje a Europa era relevante y que se requería de un nuevo juicio para resolver la cuestión. En consecuencia, se revocó el fallo anterior y se ordenó la realización de un nuevo juicio.

[1381] *Devecmon v.Shaw*. Court of Appeals of Maryland, 69 Md. 199, 14 A. 464 (1888).

Además, la corte de apelaciones consideró que la cuenta presentada por Devecmon era suficiente para cubrir los términos generales de la demanda, pero no encontró pruebas suficientes para respaldar los intereses reclamados en la cuenta. Por lo tanto, se concedió la petición de los demandados para excluir los intereses reclamados en la cuenta.

La Corte se centró en la confianza generada en el demandante para realizar el viaje y determinó que el demandante incurrió en gastos a solicitud del difunto con la promesa expresa de reembolso. Esto difiere de una promesa de hacer un regalo o brindar un servicio gratuito. No importa que el demandante se haya beneficiado del gasto de su propio dinero, ya que fue inducido por la promesa a gastarlo de esa manera. Si la promesa no se cumple, se incurriría en una injusticia. El demandante cumplió su parte del contrato y sólo quedaba por hacer el pago del dinero por parte del demandado, lo que permitiría una recuperación en *indebitatus assumpsit* sin necesidad de declarar sobre un contrato especial.

2.4.2. Sobre promesas para hacer regalos de propiedades inmuebles

Tenemos como ejemplo el famoso caso *Greiner v. Greiner*[1382], en el cual una madre promete a su hijo Frank Greiner una porción de tierra de 80 acres en una zona determinada de Mitchel County en Kansas, a consecuencia de que el padre de Frank había fallecido y no había dejado nada en el testamento para Frank (y tampoco para el otro hijo, Nicolás al que luego la madre le dio $2000; pero esa es otra historia porque a Nicolás, Henry, Frank y Kate, solamente el padre les dejó $5 por cabeza).

El caso es que Frank, esperanzado en las promesas de su madre Maggie Greiner, decide abandonar su hogar en Logan County, y se muda a Mitchell County junto con su familia a la casa de los 80 acres que su madre le había prometido. Resulta que la madre cambia de opinión y decide no entregar el título de propiedad a Frank. La madre Maggie Greiner demanda a su hijo Frank Greiner pero Frank contrademanda para que se le entregue el título de propiedad de los 80 acres junto con la casa. La Corte dio la razón a Frank y la madre apeló, pero la Corte Suprema de Kansas convalida la decisión de la Corte a quo (de primera instancia).

[1382] *Greiner v. Greiner*, 131 Kan. 760 (1930)

Este caso lo veremos al detalle en el anexo IV y lo comparamos con la CIC, solamente adelantamos que se resolvió mediante el Promissory Estoppel, contando con el remedio del "specific performance" (ejecución forzosa).

2.4.3. Agencias y depósitos gratuitos

Tenemos un caso interesante sobre la responsabilidad civil en casos de agencias gratuitas, básicamente en los casos en que un agente promete asumir una responsabilidad en la custodia y cuidado de un bien, pero que durante dicho encargo comete una negligencia que genera un daño a la propiedad.

Veamos el caso *Siegel v. Spear Co*., 234 N.Y. 479 (N.Y. 1923), en el cual el demandante presentó una demanda en el Tribunal de la Ciudad de Nueva York para recuperar sus pérdidas debido a que el demandado no aseguró sus muebles almacenados en su almacén. La acción se basa en un presunto acuerdo de seguro hecho con el empleado de crédito del demandado.

Los hechos que se narran son así: En agosto de 1917 y en enero de 1918, el demandante compró muebles del demandado por $909.25 y los llevó a su apartamento en Nueva York. Devolvió dos gravámenes mobiliarios al demandado, que establecían pagos mensuales y prohibían la remoción de los muebles sin el consentimiento por escrito del acreedor.

En mayo de 1918, el demandante deseaba mudarse temporalmente y almacenar sus muebles en el almacén del demandado. Se acordó que el demandante enviaría sus muebles al almacén y el demandado los guardaría sin cargo. Se afirmó que, durante esta transacción, el empleado del demandado, McGrath, prometió y acordó asegurar los muebles para el beneficio del demandante. Los muebles no estaban asegurados en ese momento. Los muebles fueron destruidos por un incendio en junio de 1918.

El demandante logró recuperar su pérdida hasta el momento. El demandado argumentó que no hubo contraprestación para el acuerdo de seguro y que McGrath no tenía autoridad para hacer dicho contrato. El tribunal sostuvo que existía una contraprestación implícita debido a la naturaleza del almacenamiento gratuito ofrecido por el demandado. Además, la confianza del demandante en la promesa de asegurar los muebles fue parte integral de la transacción. En cuanto a la autoridad de McGrath, el tribunal no encuentra objeciones suficientes al respecto.

En resumen, el tribunal confirma el fallo a favor del demandante, sosteniendo que existía una contraprestación y que McGrath tenía autoridad para hacer el acuerdo de seguro.

Por su parte, Perillo (2017) explica que los casos referidos a daños como producto de agencias gratuitas por concepto de una mala conducta (negligencia) o incumplimiento de la promesa dada, se tratan por igual y no tiene relevancia hacer una distinción sobre el tema puesto que la base jurídica es la confianza detrimental del demandante, punto central del *promissory estoppel* (pp. 260-261).

2.4.4. Subscripciones caritativas y convenios matrimoniales

Dos casos son importantes de mencionar, y que se examinarán ampliamente en el anexo IV. El primero es *Allegheny Col. v. Nat. Chautauqua Co. Bank, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927).* El caso trata sobre una promesa de suscripción realizada por Mary Yates Johnston al Allegheny College. Aunque el contrato establecía que el pago se haría después de su fallecimiento, se realizó un pago parcial mientras estaba viva. Después de su muerte, el colegio demandó al ejecutor del testamento para recuperar el saldo pendiente.

El tema central del caso es la ley de suscripciones caritativas y el requisito de consideración para hacer cumplir dichas promesas. La corte reconoce la doctrina de promissory estoppel como una excepción al requisito de consideración en el contexto de las suscripciones caritativas. Se establecen criterios adicionales para hacer cumplir estas promesas, como el conocimiento de la organización beneficiaria sobre los gastos realizados en base a la promesa y las expectativas razonables de las partes involucradas.

En este caso, basado en la teoría del (PE) en su Primer Restatement, se establece una conexión entre la teoría del PE y el quasi contrato al equiparar el estoppel promisorio con la consideración. La promesa del promisor se vincula a la confianza perjudicial del beneficiario. Además, se equipara un contrato implícito de hecho con el estoppel promisorio, fortaleciendo así la naturaleza contractual de la teoría.

El segundo caso es *De Cicco v. Schweizer,* 221 N.Y. 431 (N.Y. 1917), en el cual el padre de la novia promete al novio (el Conde) y presumiblemente a la novia también (lo que motivó las

conjeturas de Cardozo) de que pagaría una anualidad de $2,500 a la pareja si efectivamente decidieran casarse. La pareja contrae nupcias y el padre pagó por diez años y después se negó a continuar pagando.

En esta situación, no hay consideración involucrada ya que no retractarse del matrimonio antes de que ocurra no constituye una desventaja relacionada con la promesa del padre de la novia. No es un asunto contractual debido a la ausencia de consideración, sino más bien un caso emergente de *estoppel promisorio*.

2.5. Vertientes evolutivas del *promissory estoppel*

En el contexto legal estadounidense, Holmes describió cuatro etapas en la evolución del estoppel en los Estados Unidos (Ngugi, J. M., 2007, pp. 488-489). Inicialmente, el estoppel promisorio se asemejaba al estoppel de equidad, en la cual el estoppel servía como una defensa (escudo) en lugar de una acción (espada). Funcionaba principalmente como respaldo probatorio en lugar de ser la base de una acción independiente.

Posteriormente, en la segunda etapa, el estoppel se convirtió en un sustituto de la consideración en asuntos contractuales. Este período vio la redacción del Primer Restatement de Contratos.

En la tercera etapa, conocida como la etapa de los "torts" (agravios), el estoppel no era simplemente un escudo, sino también una espada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Finalmente, en la cuarta etapa, el estoppel asumió, según Knapp (1998) los valores de conciencia, honestidad y equidad. Fue importado de Inglaterra a los Estados Unidos, pero experimentó una transformación, pasando de ser una defensa (escudo) a una acción (espada), aunque una espada en busca de justicia y equidad dentro de los ámbitos de los agravios y los contratos (Knapp, C., 1998, pp. 1245-1246).

2.5.1. *Promissory Estoppel* como sustituto de la consideración

Como vimos en los acápites anteriores, enumeramos ciertos casos ejemplares que proyectan parámetros de la Sección 90 del Segundo Restatement de Contratos aplicado a donaciones intrafamiliares, promesas para hacer regalos de propiedades inmuebles, situaciones de

agencias y depósitos gratuitos, y hasta subscripciones caritativas y convenios matrimoniales. Estos casos se estudiarán al detalle en el anexo IV desde una perspectiva comparativa con la CIC.

A este respecto, y con referencia a los casos que venimos estudiando del PE como sustituto de la consideración, Williston (1938) lo expresó de la siguiente forma: "El hilo conductor vinculante en todas las clases de casos que se han enumerado es la confianza justificada del beneficiario de la promesa y la dificultad implicada en negarse a hacer cumplir la promesa." (p. 202).

Williston (1938) hace una crítica a los estudiantes y a los profesionales de Derecho Civil que están acostumbrados a encontrar el elemento de "consideración" (causa diríamos en la perspectiva del *civil law*) para vincular una promesa. Bajo su perspectiva, el PE viene a reemplazar este elemento y a proponer una nueva doctrina con un consecuente cambio de actitud mental:

> Los estudiantes de derecho civil suelen seleccionar las tecnicidades del derecho inglés y estadounidense que requieren consideración para validar un contrato simple, para una crítica particular; y con frecuencia se observa en las decisiones de los tribunales estadounidenses, en casos de adversidades [hardship], una impaciencia con el requisito y un esfuerzo por ampliar los límites de las promesas exigibles. Si este sentimiento encontrara una expresión general, se podría argumentar justificadamente que la base fundamental de los contratos simples históricamente era la acción en una confianza justificada en una promesa, en lugar de la noción más moderna de compra de una promesa por un precio, y que es un desarrollo coherente de esta base temprana definir una consideración suficiente como cualquier beneficio legal para el promisor o detrimento legal para el beneficiario otorgado o sufrido por este último en una confianza razonable en la promesa. Esta definición elimina la necesidad de una solicitud por parte del promisor para la consideración. La propuesta no carece de mérito intrínseco, pero se debe reconocer que, si se aplica de manera generalizada, ampliaría considerablemente la responsabilidad en las promesas y, en la actualidad, se opone en gran medida a la autoridad predominante. Sin embargo, parecería que existen razones convincentes de justicia para hacer cumplir las promesas, cuando la injusticia no puede evitarse de otra manera, cuando han llevado al beneficiario de la promesa a incurrir en un detrimento sustancial basándose en ellas, no sólo cuando el promisor lo haya pretendido, sino también cuando razonablemente debería haber esperado que se incurriera en dicho detrimento, aunque no lo haya solicitado como intercambio por su promesa. (p. 202)

En conclusión, estos párrafos destacan la evolución en la comprensión de los contratos, sugiriendo un cambio de la tradicional doctrina de la "consideración" hacia una mayor valoración de la "confianza justificada" en el marco del Promissory Estoppel. La aplicación de la Sección 90

del Segundo Restatement de Contratos en una variedad de contextos contractuales, incluyendo donaciones intrafamiliares y convenios matrimoniales, refleja una tendencia creciente hacia la flexibilidad y la justicia en la ejecución de promesas. Williston argumenta persuasivamente que, más allá de la mera formalidad de la consideración, debería prevalecer la equidad y la justicia en los contratos, especialmente cuando la confianza en una promesa conduce a un detrimento sustancial, marcando así un cambio de paradigma en la teoría y práctica del derecho contractual.

2.5.2. Confianza en las ofertas (*reliance*)

En este tipo de situaciones también el *promissory estoppel* evoluciona para abarcar situaciones típicas de las promesas brindadas por un subcontratista al contratista general que gana una licitación, haciendo de esta promesa una situación irrevocable gracias al *reliance*. Tenemos el caso *Drennan v. Star Paving Co.,* 51 Cal.2d 409 (Cal. 1958), en donde el demandado apeló una sentencia a favor del demandante en una acción para recuperar daños causados por su negativa a realizar trabajos de pavimentación según una oferta presentada al demandante. El demandante, un contratista general con licencia, estaba preparando una oferta para el "Trabajo de la Escuela Monte Vista" en el distrito escolar de Lancaster el 28 de julio de 1955. La secretaria del demandante recibió por teléfono la oferta del demandado para los trabajos de pavimentación y el demandante la utilizó al calcular su propia oferta. Al abrirse las ofertas, se adjudicó el contrato al demandante. Sin embargo, al día siguiente, el demandado se negó a realizar el trabajo por el precio de su oferta y el demandante tuvo que encontrar a otro subcontratista para hacerlo a un costo mayor. El tribunal de primera instancia emitió un fallo a favor del demandante, sosteniendo que el demandado hizo una oferta definitiva que el demandante utilizó y confió en ella. El demandado argumentó que la oferta era revocable, pero el tribunal determinó que la confianza del demandante en la oferta hacía que fuera irrevocable.

En este caso, la oferta del demandado constituyó una promesa de cumplir en las condiciones establecidas expresamente o por implicación. En consecuencia, se dictó un fallo a favor del demandante por la suma de $3,817 (la diferencia entre la oferta del demandado de $10,748.60, y el costo del pavimento para el demandante, $7,131.60), además de los costos. Pese a que no existe contrato bilateral vinculante, la Corte opinó que sí existía un *promissory estoppel* por cuanto el subcontratista dio una oferta al contratista general para que éste a su vez gane una licitación.

En conclusión, el caso *Drennan v. Star Paving Co.* ilustra la evolución y aplicación del principio de Promissory Estoppel en el contexto de las relaciones contractuales, especialmente entre contratistas generales y subcontratistas. A pesar de la ausencia de un contrato bilateral formalmente vinculante, la corte reconoció que la oferta del subcontratista, utilizada por el contratista general para formular su propuesta ganadora en una licitación, generó una obligación irrevocable bajo el principio de Promissory Estoppel debido a la confianza depositada y el detrimento subsiguiente. Este fallo subraya la importancia de la fiabilidad y la confianza en las ofertas y promesas comerciales, incluso en ausencia de un acuerdo contractual completo, estableciendo un precedente significativo en el derecho contractual que reconoce y protege las expectativas legítimas generadas en el curso de negociaciones comerciales[1383].

2.5.3. Promissory estoppel bajo un acuerdo indefinido

Uno de los ejemplos más significativos que ilustran este tipo de casos, donde hay un acuerdo indefinido pero que se convierte en vinculante bajo la doctrina del estoppel promisorio (PE), se examina en el anexo IV en comparación con la CIC. Se trata del caso *Grouse v Group Health Plan, Inc*., 306 N.W. 2d 114, Minn. (1981), que involucra al demandante Grouse, un farmacéutico empleado en Richter Drug en Minneapolis. Grouse comenzó negociaciones con el demandado Group Health Plan, Inc. para un puesto en su organización. Durante las conversaciones, Cyrus Elliot, el jefe de farmacéuticos, le prometió trabajo a Grouse el empleo. Grouse le informó a Elliot que necesitaba dar un aviso de dos semanas a su empleador actual. Mientras tanto, Grouse rechazó otra oferta laboral, respetando las promesas de Elliot.

Por su parte, Donald Shoberg, gerente de Group Health Plan, Inc., le indicó a Elliot que debía confirmar la calidad profesional de Grouse y verificar las referencias proporcionadas en su currículum vitae. Elliot intentó contactar a las referencias sin éxito y no buscó otras referencias. Finalmente, Group Health Plan contrató a otra persona para el puesto, lo que dejó a Grouse sin trabajo después de haber renunciado a su empleo anterior.

[1383] Un aspecto interesante en este caso es que el contratista general tampoco puede dilatar mucho tiempo en el uso de la propuesta del subcontratista o seguir haciendo "shopping" de propuestas, en cuyo caso la opción queda anulada (*Drennan v. Star Paving Co.*, 51 Cal.2d 409 (Cal. 1958).

Grouse demandó a Group Health Plan por la pérdida de ingresos que experimentó debido a su renuncia y a la promesa incumplida de empleo. El tribunal de primera instancia rechazó su demanda, pero la Corte de Apelaciones revocó la decisión y la declaró a favor de Grouse.

La Corte de Apelaciones determinó que el principio legal aplicable en este caso era el "promissory estoppel", que implica un contrato de derecho donde no existe uno formalmente. Según la corte, Group Health Plan sabía que Grouse tendría que renunciar a su empleo actual para aceptar su oferta y que Grouse había informado rápidamente a su empleador anterior sobre su renuncia. La corte consideró injusto no hacer que Group Health Plan cumpliera su promesa.

En cuanto a los daños, el tribunal indicó que el alivio otorgado por el incumplimiento podría limitarse según lo requerido por la justicia y que los daños podrían medirse en función de la confianza perdida por Grouse. Concluyó que Grouse tenía derecho a asumir que se le daría una oportunidad de desempeñar sus funciones de manera satisfactoria y que, al no recibir esa oportunidad, había perdido el trabajo que tenía y había rechazado otra oferta de empleo en otro lugar.

En resumen, el caso *Grouse v Group Health Plan*, Inc. involucra la promesa incumplida de empleo por parte de Group Health Plan hacia Grouse, lo que resultó en pérdidas económicas para Grouse. La Corte de Apelaciones consideró que Group Health Plan estaba obligado por el principio del "promissory estoppel" y determinó que Grouse tenía derecho a una compensación por los daños sufridos.

Otro caso emblemático lo encontramos en *Wheeler v White*[1384]*,* en el cual Ellis D. Wheeler, demanda a S.E. White, por incumplimiento de contrato relacionado con un préstamo para financiar la construcción de mejoras en un terreno de propiedad de Wheeler. Wheeler alega que White incumplió el contrato al no incluir elementos esenciales para su exigibilidad. Aunque las excepciones especiales presentadas por White fueron aceptadas inicialmente, el tribunal determinó que los argumentos de Wheeler basados en la teoría del *promissory estoppe*l eran válidos. Esto llevó a la revocación de las decisiones previas y la remisión del caso para su juicio.

El contrato entre Wheeler y White establecía los términos del préstamo, incluyendo el monto, las cuotas mensuales y el interés. Wheeler argumentó que White estaba impedido de alegar

[1384] *Wheeler v. White,* 398 S.W.2d 93 (Tex. 1966).

cualquier deficiencia en el contrato debido a sus acciones y promesas que generaron la confianza de Wheeler y lo llevaron a incurrir en gastos para preparar la construcción. La corte aplicó la doctrina del *promissory estoppel*, permitiendo a Wheeler recuperar los daños por confianza, es decir, los gastos en los que incurrió. Sin embargo, la corte rechazó la indemnización por las ganancias esperadas que nunca se materializaron. El caso fue devuelto al tribunal de primera instancia para un juicio basado en esta opinión.

2.5.4. Promesas hechas durante negociaciones preliminares

En este tipo de situaciones de la parte evolutiva de la teoría del PE nos topamos con un par de casos emblemáticos que los veremos en extenso en el anexo IV, pero que por ahora corresponde brevemente referirnos a ellos.

El primer caso es el paradigmático caso de *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.,* 13 N.W.2d 267, 26 Wis. 2d 683 (1965). En este caso, Joseph Hoffman y su esposa demandaron a Red Owl Stores, Inc. y Edward Lukowitz alegando que Lukowitz, como agente de Red Owl, hizo promesas y acuerdos de construir una tienda en Chilton y abastecerla de mercancía para que Hoffman la operara. Los demandantes confiaron en estas representaciones y acuerdos, vendieron su negocio y propiedad existentes y compraron terrenos en Chilton. Sin embargo, Red Owl no cumplió con las promesas y los demandantes sufrieron pérdidas financieras y personales.

Después de operar una tienda en Wautoma durante tres meses, los representantes de Red Owl encontraron que estaba generando ganancias y aconsejaron a Hoffman que vendiera la tienda a su gerente. Se le aseguró que Red Owl encontraría una ubicación más grande en otro lugar. Hoffman vendió la tienda confiando en esta garantía. Se seleccionaron opciones de terrenos en Kewaunee y Chilton para la nueva tienda, y Hoffman obtuvo una opción para comprar un terreno en Chilton. Se realizaron reuniones y proyecciones financieras, y se acordaron términos de arrendamiento.

Sin embargo, no se elaboraron planes finales ni se firmó un contrato de construcción. Los directivos de Red Owl solicitaron cambios en la financiación del negocio y pidieron que el suegro de Hoffman hiciera un regalo de fondos. Esto provocó el colapso de las tratativas. Los demandantes argumentaron que se les debería compensar bajo la teoría del promissory estoppel,

ya que confiaron en las promesas y acciones de Red Owl y sufrieron un perjuicio como resultado de su incumplimiento.

El tribunal consideró que la doctrina del promissory estoppel era una herramienta necesaria para evitar la injusticia y respaldó su aplicación en este caso. El expediente revelaba promesas y garantías en las que los demandantes confiaron y actuaron en detrimento suyo. El caso *Hoffman* es relevante en la ley de promissory estoppel, permitiendo a los demandantes buscar compensación cuando confían en una promesa y sufren perjuicio como resultado de su incumplimiento, independientemente de la buena o mala fe del promisor.

Este caso de Hoffman es parecido al caso Vizcaya[1385], en España, cuyo análisis comparativo lo referimos al anexo III de esta obra[1386].

El segundo caso es parecido al primero, *Goodman v. Dicker*, 83 U.S.App.D.C. 35 169 F.2d 684 (1948). En este caso, los demandantes presentaron una demanda por incumplimiento de contrato contra los demandados, quienes ahora apelan el fallo. El fallo fue modificado y confirmado. Los apelantes son distribuidores locales de Emerson Radio y Phonograph Corporation, y los apelados solicitaron una "franquicia de distribuidor" para vender los productos de Emerson con el conocimiento y aliento de los apelantes.

[1385] STS 16-05-1998 (RJ 3673/1988)

[1386] Brevemente, en este caso, los vecinos de Pamplona Daniel y Yolanda traen una demanda contra el Banco Vizcaya, S.A. y sus oficiales por daños provocados al amparo del numeral 1902 del CCE que prohíbe dañar a un tercero (neminen laedere). La Corte de Primera Instancia declaró fundada la demanda, luego la Corte de Apelaciones anuló la sentencia, pero la Corte de Casaciones revocó la apelación y concedió la demanda inicial. El caso trato un empleado del Banco Vizcaya (don Daniel) iba a ser trasladado a una oficina de Miami de la misma compañía, y en vista de tal promoción el empleado vende su automóvil y junto con su esposa presentan solicitudes de excedencia, e incurren en otros gastos de viaje. Finalmente, después de un año, el traslado no se produjo. Don Daniel plantea su demanda en el fuero laboral, que fue desestimada. Luego don Daniel y su esposa Yolanda recurren a la vía civil, exigiendo una indemnización de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1902 del CCE. Recuérdese que el número 1902 del CCE reza: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado." Se debería demostrar que el Banco Vizcaya actuó de mala fe. Lo sorprendente de esta sentencia del Banco Vizcaya es su parecido con la sentencia Hoffman. Leyendo la sentencia Vizcaya parece que estuviéramos leyendo la sentencia Hoffman, es su retrato prácticamente. Podemos esbozar ciertas similitudes, pero por lo pronto podemos analizar unas tres similitudes:
a). En Banco Vizcaya, los demandantes demandan utilizando el numeral 1902 del CCE, tal cual lo hizo Hoffman utilizando el PE como espada (y no solamente como escudo).
b). En Vizcaya, los demandantes solicitan un interés negativo (daño emergente), al igual que Hoffman.
c). En Vizcaya, el Tribunal Supreme no recurre al estudio de la "buena fe" como requisito de la responsabilidad aquiliana, pero sí estudia la confianza detrimental de los demandantes provocada por las representaciones de los demandados. Con ello, la figura del RINP (o CIC) a través del numeral 1902, queda equiparado a la PE las negociaciones preliminares laborales.
Demandados son responsables por el daño al demandante, por violación del principio "neminen laedere" (no dañar a otro).
Esta última semejanza nos hace concluir que es posible que un Tribunal llegue a resultados ejemplares como el del Banco Vizcaya, obviando imponer a la parte demandante la probanza del requisito de la "buena fe" (que es un elemento imprescindible en la responsabilidad extracontractual que impone el cumplimiento de un deber) y que al obviar este requisito hace que la acción impuesta sea más eficiente, al igual que el caso Hoffman.

El tribunal de primera instancia determinó que los apelantes indujeron a los apelados a incurrir en gastos al prepararse para hacer negocios bajo la franquicia, en base a sus declaraciones y conducta. Sin embargo, no se entregaron las radios prometidas y finalmente se notificó que la franquicia no se otorgaría. El tribunal consideró que, aunque no se había demostrado la existencia de un contrato, los apelantes estaban impedidos de negarlo debido a sus declaraciones y conducta en las que los apelados confiaron y que les causaron perjuicio. Se dictó un fallo por $1,500, que cubría los desembolsos en efectivo y las ganancias anticipadas por la venta de treinta radios.

El argumento principal de los apelantes es que no habría surgido ninguna responsabilidad bajo la franquicia de distribuidor, ya que habría sido revocable a voluntad y no habría impuesto ninguna obligación al fabricante de vender ni a los apelados de comprar un número fijo de radios. Sin embargo, el tribunal sostiene que los términos de la franquicia no son relevantes directamente en este caso. El enfoque se centra en la promesa de los apelantes de que se otorgaría una franquicia y se suministrarían radios, en base a lo cual los apelados incurrieron en gastos. El tribunal determina que los apelantes no pueden ahora plantear ninguna defensa que sea incompatible con su garantía de que se otorgaría la franquicia. Se considera justo y equitativo proteger a los apelados que actuaron en su detrimento confiando en la conducta de los apelantes.

El tribunal hace referencia al principio de la prohibición de conducta contradictoria, que impide que una persona decepcione las expectativas en las que otra persona actuó, causando pérdida o daño. El tribunal está de acuerdo con la decisión del tribunal de primera instancia de responsabilizar a los demandados por los gastos incurridos por los apelados al prepararse para hacer negocios bajo la prometida franquicia de distribuidor, que ascienden a $1150. Sin embargo, el tribunal considera que no se debería haber incluido el concepto de $350 por pérdida de ganancias en las radios prometidas en un pedido inicial. La medida adecuada de daños es la pérdida sufrida por los gastos realizados en confianza en la garantía de una franquicia de distribuidor.

Por lo tanto, se confirma el fallo con la modificación de excluir el concepto de pérdida de ganancias. Como podemos apreciar, el caso es resuelto a través del promissory estoppel como herramienta para desincentivar injusticias.

En este sentido, volviendo al caso Hoffman, Perillo (2013) piensa que “El resultado del tribunal se asemeja en espíritu a la doctrina de la culpa in contrahendo reconocida en varios países de derecho civil, según la cual, cuando la justicia lo requiere, se otorga una indemnización por las

pérdidas sufridas como resultado de negociaciones fallidas." (p. 269). Sin embargo, en jurisdicciones que aceptan la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares, como tercer vertiente de la Culpa in Contrahendo, el deber de negociar de buena fe impone un paso adicional de probanza para el demandante. Como la buena fe se presume, el demandante necesariamente tiene que probar la mala fe o la malicia del demandado, con ello, la acción por CIC o RINP se parece a la acción de *misrepresentation* (tergiversación) o falsedad y hace que el PE sea más eficiente y hasta muchas veces más justa que la CIC[1387].

Finalmente, vamos a ver un caso que en el *common law* pudiera -aparentemente- parecerse a la CIC (RINP), pero en realidad no. Se trata del caso *Arcadian Phosphates v. Arcadian Corp*.[1388] Este caso involucra una disputa sobre si un memorando de venta de un negocio de fertilizantes de fosfato era un contrato vinculante. El tribunal de distrito falló a favor del demandado (vendedor) en la demanda por incumplimiento de contrato, pero el Tribunal de Apelaciones confirmó las reclamaciones por incumplimiento de contrato, revirtió el fallo, y remitió la reclamación de *promissory estoppel* al tribunal inferior para una mayor consideración.

Los hechos del caso son los siguientes: Arcadian Corporation era una empresa de Nueva York que fabricaba y vendía fertilizantes, mientras que Arcadian Phosphates, Inc. (API) era una corporación de Delaware creada para comprar el negocio de fertilizantes de fosfato de Arcadian. Las partes firmaron un *memorando de entendimiento* en junio de 1986, seguido de un *memorando* en noviembre de 1986 que incorporaba los términos del memorando anterior. Los demandantes (compradores) afirmaron que este memorando de noviembre era un contrato vinculante para la venta del negocio de fertilizantes de fosfato.

El tribunal de distrito otorgó un fallo sumario a favor del demandado (vendedor) en la demanda por incumplimiento de contrato, pero el Tribunal de Apelaciones revocó este fallo en relación con la reclamación de *promissory estoppel*. Se determinó que existen cuestiones genuinas de hecho sobre si Arcadian hizo una promesa clara e inequívoca de *negociar de buena fe*, si los demandantes confiaron razonablemente en esa promesa y si sufrieron perjuicio como resultado.

[1387] Para un análisis más detenido de los resultados más eficientes y justos caso por caso, remitimos al lector a los anexos III y IV de esta obra.
[1388] *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.,* 884 F.2d 69 (2d Cir. 1989).

Por lo tanto, se remitió el caso al tribunal inferior para una mayor consideración de esta reclamación.

En resumen, se confirmaron las reclamaciones por *incumplimiento de contrato* de los demandantes (compradores), pero se revocó el fallo del a quo, y se devolvió la reclamación por *promissory estoppel* al tribunal inferior para una mayor evaluación.

En este caso, que será examinado detalladamente en el anexo IV, se combinan dos teorías. La primera es de naturaleza contractual y establece que el memorándum (en el cual se acordó que ambas partes debían llevar a cabo las negociaciones de buena fe) constituye un precontrato y, por lo tanto, hay un incumplimiento de contrato. Sin embargo, también se considera la posibilidad de analizar el caso a través del promissory estoppel, una herramienta que no requiere una obligación de negociar de buena fe. A pesar de esto, dado que existe una obligación establecida en el memorándum (precontrato), el tribunal superior respalda el argumento de la reclamación por incumplimiento de contrato y remite el caso para explorar el tema del promissory estoppel, a la luz del reclamo por incumplimiento de contrato. En realidad, ya no era necesario explorar el tema del promissory estoppel, ya que la teoría del incumplimiento del contrato preliminar era suficiente para explicar la decisión del tribunal.

En contraste con la CIC (RINP), este caso se distingue en el sentido de que el deber de negociar de buena fe no está impuesto por la legislación, sino que la Corte de Apelaciones evaluó la evidencia y determinó que esta obligación surgía del mandato del precontrato. En otras palabras, la Corte de Apelaciones simplemente está cumpliendo con el precontrato al determinar que es un acuerdo vinculante, de acuerdo con lo establecido en la propia convención. Por lo tanto, no se puede interpretar que el precontrato se utilice como una herramienta para imponer el deber de negociar de buena fe, ya que este deber surge directamente de la fuerza del precontrato.

2.5.5. Acuerdos que renuncian a las consecuencias legales

En este rubro tenemos muchos casos. Por ejemplo, casos en los que existe un contrato bilateral nulo pero que por medio del PE brinda soporte suficiente para amparar una acción de indemnización si es que existe “reliance” (confianza), o el tema de la modificación de los contratos

en base a ese *reliance*. Tenemos por ejemplo el numeral 89 del Segundo Restatement de Contratos que especifica[1389]:

> Una promesa que modifica una obligación en un contrato que no ha sido completamente cumplido por ninguna de las partes es vinculante:
>
> 1. Si la modificación es justa y equitativa en vista de circunstancias no anticipadas por las partes al momento de celebrar el contrato; o
> 2. En la medida en que lo establezca la ley; o
> 3. En la medida en que la justicia requiera su cumplimiento debido a un cambio material de posición basado en la confianza en la promesa.

Por otra parte, veamos un caso atinente a este tipo de casos. El caso de *Central London Property v High Trees*, [1947] KB 130; [1956] 1 All ER 256; 62 TLR 557; [1947] LJR 77; 175 LT 333, se basa en las promesas realizadas por el propietario de unos apartamentos a un inquilino (quien a su vez los subarrendaba a terceros) durante el Segundo Guerra Mundial. Debido a la guerra, los subarrendatarios comenzaron a pagar una renta reducida al arrendatario. En consecuencia, el arrendatario y el arrendador acordaron verbalmente reducir la cantidad de la renta durante la duración de la guerra. Sin embargo, al finalizar la guerra y restablecerse la economía, el arrendador buscó recuperar la diferencia que había perdonado durante el acuerdo verbal y exigirle al arrendatario el pago completo de la renta.

> El juez Denning emitió una sólida decisión basada en el estoppel:
>
> > En lo que respecta al estoppel, esta representación sobre la reducción de la renta no fue una afirmación de un hecho existente, que es la esencia del estoppel en el *common law*. Fue una declaración en cuanto al futuro, una declaración de que el alquiler no se haría efectivo a la tarifa completa, sino sólo a la tarifa reducida. Según el derecho consuetudinario, eso no daría lugar a un estoppel porque... una afirmación en cuanto al futuro debe estar incorporada como un contrato o no tener validez. Por lo tanto, en el derecho consuetudinario, no habría fundamento para la afirmación... ¿Cuál es entonces la posición a la luz de la evolución de la ley en los últimos años? La ley no se ha detenido... Ha habido una serie de decisiones en los últimos cincuenta años que, aunque se las considera casos de estoppel promisorio, en realidad no lo son. Se trata de casos en los que las promesas tenían como objetivo crear relaciones jurídicas y que, a sabiendas de la persona que

[1389] Second Restatement of Contracts [SRC], §89. 1981. (EE.UU.)

> realizaba la promesa, iban a ser cumplidas por la parte a la que se le hizo la promesa, y de hecho, se han cumplido. En tales casos, los tribunales han sostenido que estas promesas deben ser cumplidas... Estos casos no son estoppel en el sentido estricto... La consecuencia lógica, sin duda, es que una promesa de aceptar una suma menor a cambio de una suma mayor, si se lleva a cabo, es vinculante, a pesar de la falta de contraprestación, y si la fusión de la ley y la equidad conduce a ese resultado, tanto mejor. En este momento, no es útil tratar de establecer una distinción entre la ley y la equidad. Han estado unidas durante más de setenta años y los problemas deben abordarse en un sentido combinado. (*Central London Property v High Trees*)

Como vemos, el PE puede ser utilizado en un sinnúmero de situaciones o acuerdos sin limitaciones, desafiando a la consideración[1390], el Estatuto de Fraudes y el Parol Evidence Rule[1391]. Perillo (2003) lo explica así:

> También es posible utilizar el estoppel promisorio para hacer cumplir un acuerdo no exigible, como por ejemplo en un caso que involucre el Estatuto de Fraudes. Presumiblemente, el estoppel promisorio podría ser utilizado en casos que involucren contratos anulables, pero las reglas empleadas en el ámbito de los contratos anulables tienen en cuenta el elemento de confianza junto con la política que se pretende lograr. (p. 271)

2.6. Flexibilidad del remedio legal

Como veremos en el anexo IV, el análisis detallado de casos del common law sobre el PE, a la luz del RINP (segunda vertiente de la CIC) arroja conclusiones que conviene en este segmente brevemente detallar.

El Promissory Estoppel no solamente busca la indemnización de un interés negativo, tal cual lo planteó Ihering en su teoría de la CIC, sino también plantea la búsqueda de un interés positivo, es decir, de un lucro cesante, o hasta de un *specific performance* (ejecución forzosa).

El PE tiene implícito el valor justicia mas no la buena fe en su etapa negocial. La naturaleza y el concepto del PE impone el deber al juez de evitar y desincentivar injusticias. Sin embargo, la buena fe no es una obligación en la actuación negocial de las partes (porque la buena fe es una

[1390] El estoppel promisorio es una respuesta a las deficiencias de la teoría de la consideración, pero Goetz sugiere que se utiliza para abordar algunas de las limitaciones del modelo de la consideración. (Goetz, C. (1980). Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *The Yale Law Journal, Vol. 89, Number 7*, pp. 1416-1418).

[1391] Eisgruber señala que la Regla de la Evidencia Parol "tiene algo que decir sobre las circunstancias bajo las cuales los contratos escritos prevalecerán o excluirán otros acuerdos". (Eisgruber, C. (2000). Teaching Law Through Contracts and Cardozo. *44 St. Louis U. L.J.,* p. 1513).

obligación en la parte de la ejecución de los contratos), pero existe la obligación de no engañar o mentir, que es diferente a la obligación de negociar de buena fe. Dicha obligación de no engañar viene descrita en la figura del misrepresentation (tergiversación o falsedad), que lo vimos en el capítulo III.

Finalmente, la admonición de Perillo (20003) es realmente atinente:

> Así como la redacción original dio un gran impulso al *promissory estoppel*, se puede esperar que el Segundo *Restatement*, con su liberalización de la doctrina, brinde un impulso adicional a su utilización. El *promissory estoppel* puede ser utilizado en cualquier contexto con el fin de hacer justicia. Como ha afirmado un tribunal, la doctrina del *promissory estoppel* es "un intento de los tribunales de mantener los remedios al ritmo de la creciente conciencia moral de representaciones honestas y justas en todos los tratos comerciales". (p. 273)

En efecto, el Juez Mc Faddin en el caso *Peoples Nat. Bank of L.R. v. Linebarger* co.[1392] lo expresó claramente:

> A continuación, se presentan sólo algunos de los numerosos casos recientes que reconocen el desarrollo de la ley del *promissory estoppel*, el cual es un intento por parte de los tribunales de mantener los remedios al ritmo de la creciente conciencia moral de honestidad y representaciones justas en todos los tratos comerciales: *Brewer v. Universal Credit Co.,* 191 Miss. 183, 192 So. 902; *Lacy v. Wozencraft* (Okla. 1940), 105 P.2d 781; *Thom v. Thom*, 208 Minn. 461, 294 N.W. 461; *May v. City of Kearney*, 145 Neb. 475, 17 N.W.2d 448; *In re Jamison's Estate* (Mo. 1947), 202 S.W.2d 879; *Goodman v. Dicker*, 83 App.D.C. 353, 169 F.2d 684; *Klein v. Farmer*, 85 Cal.App. 545, 194 P.2d 106; *Swift v. Peterson*, 240 Iowa 715, 37 N.W.2d 258; y *Waugh v. Leonard*, 69 Ariz. 214, 211 P.2d 806.

Con ello queda demostrado que el PE es una figura flexible con resultados amplios, que tienden a apuntar a la consecución de la justicia, y no solamente la mera formalidad de la ley. Con una naturaleza respaldada por la equidad pero que resulta más eficaz y eficiente porque no impone un deber de actuar de determinada forma, paso que hace su probanza en el sentido inverso, es decir, como la buena fe se presume, la CIC le impone al demandante el deber de probar la mala fe del

[1392] *Peoples National Bank v. Linebarger Construction Co*., 9 Ark. 11, 240 S.W.2d 12 (1951).

demandado, lo cual es muchas veces más complicado que probar el "reliance" del demandante para accionar bajo la férula de esta figura[1393].

3. El promissory estoppel del *common law* americano y el *estoppel propietario* del *common law* inglés

3.1. El *equitable estoppel* inglés

En el derecho del *common law* americano[1394] la figura del PE nace de la institución del *equitable estoppel* inglés[1395], pero la diferencia entre ambas figuras es que el PE se basa en un daño sufrido por el aceptante que confía en las promesas brindadas por el promitente y en confianza en dichas promesas realiza un acto u omisión, independientemente si hubo o no buena fe en la parte del promitente; mientras que el *equitable estoppel* inglés se basa en un *misrepresentation* de hecho (tergiversación o falsedad de hecho) en el cual la parte promitente no puede ahora retractarse en su beneficio. También vimos cómo la figura del PE es una causa de acción, o una espada, mientras que el *equitable estoppel* solamente es un escudo o una defensa.

En un caso que es importante resaltar, *Amalgamated Investment And Property Co Ltd (In Liq) V Texas Commerce International Bank Ltd:* CA 1982, el Juez Denning puso ciertas limitaciones al principio del estoppel, a saber[1396]:

> La doctrina del estoppel es una de las más flexibles y útiles del arsenal de la ley. Pero se ha sobresaturado con casos. Por esta razón no he ido a través de ellos en este juicio. Ha evolucionado durante los últimos 150 años en una secuencia de acontecimientos separados: estoppel propietario, estoppel por la representación de hecho, el estoppel por asentimiento y estoppel promisorio. Al mismo tiempo se ha buscado ser limitado por una serie de máximas: estoppel es sólo una regla de la evidencia, el estoppel no puede dar lugar a una causa de acción, estoppel no puede acabar con la necesidad de consideración

[1393] Por su parte, Goetz argumenta que la teoría de la consideración es inconsistente con el principio de confianza legítima, ya que no tiene en cuenta el hecho de que las promesas gratuitas pueden inducir la confianza, mientras que las promesas negociadas pueden desincentivar la producción de promesas socialmente útiles. (Goetz, C. (1980). Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *The Yale Law Journal, Vol. 89, Number 7,* p. 1330).

[1394] Mills señala que el estoppel equitativo inglés es la raíz histórica de la moderna doctrina del estoppel promisorio. Se originó en 1349 cuando Eduardo III remitió todos los asuntos dentro del divino "prerrogativa de Gracia" del rey al Canciller para su adjudicación. El Canciller debía basar todas las decisiones en los principios de "Honestidad, Equidad y Conciencia". (Mills Holmes, E. (1996). The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review, Vol. 20, pp. 33-34).*

[1395] Bridgeman indica que la doctrina del estoppel promisorio es un "pariente" de la estoppel equitativa. Según Bridgeman, la estoppel equitativa es una doctrina que impide a alguien negar un hecho que previamente afirmó. (Bridgeman, C. (2008). Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy: Positivism, Formalism, And the Specification of Rules in Contract Law. *29 Cardozo L. Rev., pp. 1443 y ss).*

[1396] *Amalgamated Investment And Property Co Ltd (In Liq) V Texas Commerce International Bank Ltd*: CA 1982.

> y así sucesivamente. Todos estos pueden verse ahora a fundirse en un principio general despojado de limitaciones. Cuando las partes en una transacción proceden sobre la base de una suposición subyacente –de hecho, o de derecho-, ya sea por falsedad o error, no importa, -sobre los cuales han conducido sus relaciones entre ellos – ninguno de ellos podrá volver a ese supuesto cuando sería injusto permitirle hacerlo. Si uno de ellos busca volver en él, los tribunales le darán el otro remedio como la equidad en el caso demanda, y si las partes en un contrato, por su curso de las negociaciones, ponen una interpretación particular sobre los términos de la misma, en la fe de que cada uno de ellos — al conocimiento de la otra- actúa y dirige sus asuntos mutuos — están obligados por esa interpretación tanto como si hubiera sido escrito por ser una variación del contrato. No hay que investigar si su particular interpretación es correcta o no, o si se equivocaron o no, o si tenían en cuenta las condiciones iniciales o no. Basta con que tienen, por su curso de las negociaciones, poner su propia interpretación en su contrato y no puede volver sobre él.

De modo que las Cortes han utilizado el principio del equitable estoppel[1397] para adaptar situaciones de hecho e impedir que una parte cambie de opinión en perjuicio de otra. Es una reminiscencia del principio romano *venire contra factum propium non valet*, o sea, un estoppel que, al decir de Diez Picazo, está embebido en la doctrina de los actos propios.

El *estoppel equitativo* se relaciona con hechos o situaciones del pasado o presente, mientras que el *estoppel promisorio* (estoppel promisorio) se enfoca en el futuro o en las promesas. Además, el estoppel equitativo se emplea como una defensa para evitar que una persona cambie de opinión respecto a las representaciones que ya ha hecho, en tanto que el estoppel promisorio se centra en las promesas hechas.

3.2. El estoppel propietario inglés

Lo que hemos estado exponiendo sobre el estoppel promisorio es que es un concepto que existe y opera dentro del common law estadounidense, actuando como una causa de acción, es decir, como una herramienta ofensiva, y no sólo como una defensa o escudo. En contraste, el estoppel equitativo inglés actúa como una defensa (escudo), pero no como una causa de acción

[1397] Ocasionalmente, en los EE.UU. por ejemplo, algunas Cortes americanas confundieron al principio los términos de "promesa vinculante" ("Promissory estoppel") con los de "estoppel equitativo", como en *Ricketts v. Scothorn, 77 N.W. 365, 57 Neb. 51 (Neb. 1898)*. En 1909, una corte aplicó el "estoppel equitativo" a una promesa de poner un acuerdo dentro del Estatuto de Fraudes por escrito. En verdad lo que la Corte estaba haciendo era ejecutar una promesa e impedir evidencia contra una falsedad. Al principio, tanta confusión existió que algunas cortes basaron sus decisiones en las figuras de fraude antes de aplicar la teoría de la "promesa vinculante". *Dovenmuehle, Inc. v. K-Way Assoc., 388 F.2d 940, 947 (7th Cir. 1968); Meredith v. John Deere Plow Co., 261 F.2d 121, 124 (8th Cir. 1958); Swift v. Peterson, 37 N.W. 2d 258, 259, 240 Iowa. 715, 719 (Iowa 1949)*.

(espada), con la excepción del estoppel propietario inglés, el cual se asemeja al estoppel promisorio estadounidense únicamente en este aspecto[1398].

En efecto, este estoppel propietario inglés, surgió y se desarrolló durante el siglo XIX hasta la actualidad. El principio reza que una persona puede demandar a otra cuando haya confiado en una promesa dada por el demandado, y haya creado una expectativa que vaya en detrimento del demandante.

En Inglaterra, tenemos el caso emblemático de *Dillwyn v. Llewellyn*,[1399] en el cual un padre pensó que le había otorgado a su hijo menor un terreno en Gales, al firmar un memorando y presentárselo "con el fin de amueblar él mismo una casa". El memorando no fue inscrito a modo de escritura pública o documento contractual de transferencia de dominio, o sea de un título o "deed". El hijo menor entonces gasta una enorme cantidad de dinero y construye su casa en el terreno que era como una granja. Cuando muere el padre, el hijo mayor disputó el título (deed) de su hermano menor.

El Juez Lord Westbury aceptó la apelación del hijo menor, expresando:

> Sobre las reglas de la Corte no puede haber controversia. Un acuerdo voluntario no será completado ni asistido por un Tribunal de equidad, en los casos de mera donación. Si algo desea completar el título del donatario, un Tribunal de equidad no lo ayudará a obtenerlo; porque un simple donatario no puede tener derecho a reclamar más de lo que ha recibido. **Pero los actos posteriores del donante pueden otorgar al donatario ese derecho o motivo de reclamación que no adquirió de la donación original**... así que si A pone a B en posesión de un terreno y le dice: "Te lo doy para que puedas construir una casa en él", y B sobre la base de esa promesa, con el conocimiento de A, gasta, en consecuencia, una gran suma de dinero en la construcción de una casa, **no puedo dudar de que el donatario adquiere un derecho de la transacción posterior para pedir al donante que ejecute ese contrato y complete la donación imperfecta que se hizo**. El caso es algo análogo al del acuerdo verbal que no es vinculante originalmente por la falta del memorando por escrito firmado por la parte a ser acusada, pero que se vuelve vinculante en virtud de la ejecución posterior de la parte." (*Dillwyn v. Llewellyn*).[1400]

[1398] Ciertamente, la definición de "*estoppel in país"* representa una forma de "estoppel o impedimento" que no surge de un documento o título, sino de una acción o conducta. En este caso, una parte se encuentra prevenida o impedida por su propia conducta de obtener un derecho que podría operar en detrimento de otra parte que razonablemente confió en esa conducta. La doctrina que Williston adopta del common law inglés, el *estoppel in pais,* posee dos aspectos cruciales. En primer lugar, este estoppel es en sí mismo un concepto amplio y completo. En segundo lugar, la confianza justificada perjudicial no constituye en sí una acción legal, sino más bien una defensa probatoria, una regla de evidencia o, en el mejor de los casos, un elemento de respaldo en una acción legal. Vale destacar que, entre la amplia variedad de *estoppels* disponibles, el único estoppel que efectivamente constituye una causa de acción legal en sí es el estoppel de propiedades, pero abordaremos este tema más adelante. (Ngugi, J. 2007, p. 439).

[1399] *Dillwyn v. Llewellyn*, 1862, 45 Eng. Rep. 1285, 1286.

[1400] *Dillwyn v. Llewellyn*, 1862, 45 Eng. Rep. 1285, 1286.

Al final el Juez otorgó al hijo menor el título de propiedad (*deed*) sobre la que había erigido la casa (*fee simple*). Como vemos el concepto de *estoppel propietario inglés* es similar al concepto del *promissory estoppel americano*, por cuanto la ley ampara la confianza del promisario en las promesas vertidas por el promitente que motivaron gastos del promisario en atención a tales promesas.

En el caso *Crabb v. Arun District Council* [1976] Ch 179 Court of Appeal [1401] el Señor Alford tenía cinco acres y medio, de los cuales en dos acres construyó complejos industriales, y a su muerte, los otros tres acres y medio fueron vendidos por los herederos al Consejo. Después, los dos acres son vendidos al Señor Crabb, el demandante, quien divide la propiedad en dos partes, una parte para él y la otra parte para el nuevo comprador.

Cuando Crabb vendió los tres acres y medio al Consejo, se estipuló formalmente en el contrato de venta que Crabb tendría una servidumbre para poder tener acceso a su propiedad. Y luego cuando Crabb iba a vender la mitad de sus dos acres a un tercero, Crabbs conversa con el Consejo quien promete darle un acceso adicional para la otra parte del terreno. El asunto es que Crabbs vende la mitad de sus dos acres, justamente la parte de la propiedad que tenía acceso formal por la servidumbre, pero la otra parte del terreno (que la aseguró para él), tenía una servidumbre informal, puesto que no se había estipulado nada por escrito. Cuando Crabbs reclama al Consejo, éste pretende cobrarle $3,000. De tal caso que Crabbs demanda al Consejo para que le permitan tener una servidumbre y no pagar por ella. La Corte inicialmente opinó que Crabbs no tenía derecho a la servidumbre y tenía que pagar, pero en apelación la Corte consideró que Crabbs sí tenía derecho a la servidumbre y no tenía que pagar por ella. La teoría que usó la Corte fue la del *promissory estoppel* aplicado a la propiedad, y lo más sorprendente de esto es que el *promissory estoppel* actúa en un escenario que no es contractual, y ésa es la enseñanza de la doctrina americana. De modo que el Juez Dennings opina:

> Cuando el Señor Millett, QC, por el Señor Crabb, dijo que puso su caso en un *estoppel*, me sacudió un poco: porque comúnmente se supone que ese estoppel no es una causa de acción. Pero eso es porque hay *estoppels y estoppels*. Algunos dan lugar a una causa de acción. Algunos no lo hacen. En el caso del estoppel llamado *estoppel propietario*, da lugar a una causa de acción...

[1401] *Crabb v. Arun District Council* [1976] Ch 179 Court of Appeal.

La habilidad del Juez Denning fue no arrinconar su argumento entre *promissory estoppel* o *estoppel propietario*, porque si se enfrascaba en el estoppel equitativo entonces no podría tener derecho a accionar, pero si lo basaba en el *estoppel propietario* (parecido al promissory estoppel) entonces sí tenía derecho a accionar.

Otro caso interesante para estudiar en el *common law* inglés, es el caso *Central London Property Trust Ltd. V. High Trees House Ltd*, [1947] KB 130, en el cual se consolida la figura del *estoppel propietario* en el *common law* inglés[1402]. En este caso el demandado era una compañía (*High Trees*) que rentó unos apartamentos del demandante (*Central London Property*) para, a su vez, subarrendarlo. Este acuerdo se firmó en 1937, pero en 1939, al estallido de la Segunda Guerra Mundial, *High Trees* no pudo encontrar inquilinos para el edificio, entonces conversa con Central London para que reduzca la renta de 2500 libras a 1250 libras, y el propietario acepta, pero no se pactó el término o el plazo o mayores condiciones. El caso es que el 21 de Setiembre de 1945, al finalizar la guerra, el edificio vuelve a su capacidad completa y el propietario decide regresar a la renta de 2500 libras, y cobrarle 7916 libras que era lo que supuestamente le había perdonado durante el período 1939-1945 debido a la baja ocupación del edificio por la guerra. El propietario plantea la demanda para recobrar parte de la deuda por los dos periodos que habían transcurrido desde junio de 1945.

El caso es traído a Corte y el Juez Denning delibera y rompe con el principio legal de que para modificar un contrato tenía que mediar consideración. En este caso el contrato de alquiler inicial de 1937 podría modificarse con nueva consideración, pero no hubo nueva consideración, simplemente fue la promesa del dueño de respetar la reducción de la renta debido a la guerra:

> En cuanto al estoppel, esta representación con referencia a la reducción de la renta no fue una representación de un hecho existente, que es la esencia del estoppel del *common law*; se trataba de una declaración en vigor en cuanto al futuro, una declaración de que el alquiler no se haría cumplir a la tarifa completa, sino sólo a la tarifa reducida. En el derecho consuetudinario, eso no daría lugar a un estoppel, porque... una representación en cuanto al futuro debe estar incorporada como un contrato o no ser nada. Entonces, en el derecho consuetudinario, me parece que no habría respuesta a toda la afirmación… ¿Cuál es, entonces, la posición en vista de la evolución de la ley en los últimos años? La ley no se ha detenido ... ¿Ha habido una serie de decisiones en los últimos cincuenta años que, aunque se dice que califican como casos de promissory estoppel, no lo son realmente. Se trata de casos de promesas que tenían por objeto crear relaciones jurídicas

[1402] *Central London Property Trust Ltd. V. High Trees House Ltd*., [1947] KB 130.

y que, a sabiendas de la persona que realiza la promesa, iban a ser cumplidas por la parte a la que se hizo la promesa y, de hecho, se han cumplido. En tales casos, los tribunales han dicho que estas promesas deben cumplirse. ... estos casos no son estoppel en el sentido estricto ... La consecuencia lógica, sin duda, es que una promesa de aceptar una suma menor a cambio de una suma mayor, si se actúa, es vinculante, a pesar de la ausencia de contraprestación y si la fusión de la ley y la equidad conduce a ese resultado, tanto mejor. En este momento del día no es útil tratar de establecer una distinción entre ley y equidad. Se han unido desde hace más de setenta años, y los problemas deben abordarse en un sentido combinado. (*Central London Property v High Trees*)[1403].

Pero, ¿cuál es la posición en vista de la evolución de la ley en los últimos años? La ley no se ha detenido desde *Jorden v. Money* (1854) 5 H. L. C. 185. Ha habido una serie de decisiones en los últimos cincuenta años que, aunque se dice que son casos de *estoppel*, no lo son realmente. Se trata de casos en los que se realizó una promesa que tenía por objeto crear relaciones jurídicas y que, según el conocimiento de quien realiza la promesa, iba a ser cumplida por la persona a quien se hizo y que de hecho así se hizo. en. En tales casos, los tribunales han dicho que la promesa debe cumplirse. Los casos a los que deseo referirme en particular son: *Fenner v. Blake* [1900] 1 P. B. 426, *In re Wickham* (1917) 34 T. L. R. 158, Re *William Porter & Co., Ld*. [1937] 2 Todos E. R. 361 y *Buttery v. Pickard* [1946] W. N. 25. Como he dicho, no son casos de estoppel en sentido estricto. En realidad, son promesas, promesas destinadas a ser vinculantes, destinadas a ser cumplidas y, de hecho, cumplidas. *Jorden v. Money* (1854) 5 HLC 185 se puede distinguir, porque allí la promitente dejó en claro que no tenía la intención de estar legalmente obligada, mientras que en los casos a los que me refiero la inferencia adecuada fue que la promitente tenía la intención de ser vinculado. En cada caso, el tribunal sostuvo que la promesa era vinculante para la parte que la hacía, aunque según el antiguo derecho consuetudinario podría ser difícil encontrar alguna consideración para ello. **Los tribunales no han llegado a dar una causa de acción por daños y perjuicios por el incumplimiento de tal promesa, pero se han negado a permitir que la parte que la realiza actúe de manera incompatible con ella**. Es en ese sentido, y sólo en ese sentido, que tal promesa da lugar a un *estoppel*. **Las decisiones son un resultado natural de la fusión de la ley y la equidad**: para los casos de *Hughes v. Metropolitan Ry. Co.* (1877) 2 App. Cas. 439, 448, *Birmingham y District Land Co. contra Londres y North Western Ry. Co.* (1888) 40 cap. D. 268, 286 y *Salisbury (Marquess) v. Gilmore* [1942] 2 K. B. 38, 51, proporcionan una base suficiente para decir que no se permitiría a una parte en equidad volver atrás en tal promesa. **En mi opinión, ha llegado el momento de que se reconozca la validez de tal promesa**. La consecuencia lógica, sin duda, es que una promesa de aceptar una suma menor a cambio de una suma mayor, si se cumple, es vinculante a pesar de la ausencia de consideración: y si la **fusión de la ley y la equidad** conduce a este resultado, tanto mejor. Ese aspecto no se consideró en *Foakes v. Beer* (1884) 9 App. Cas. 605. Sin embargo, en este momento del día, cuando el derecho y la equidad se han unido durante más de setenta años, los principios deben reconsiderarse a la luz de su efecto combinado. Cabe señalar que, en el Sexto Informe Interino del Comité de Revisión de la Ley, párrafos 35, 40, se recomienda que una promesa como aquella a

[1403] *Central London Property v High Trees,* All ER 256; 62 TLR 557; (1947).

la que me he referido sea exigible por ley, aunque el promisario no haya recibido consideración. Me parece que, en la medida que he mencionado, ese resultado se ha logrado ahora mediante las decisiones de los tribunales.

Estoy convencido de que una promesa como la que me he referido es vinculante y la única cuestión que queda por considerar es el alcance de la promesa en el presente caso. Estoy satisfecho con toda la evidencia de que la promesa aquí era que la renta del terreno debería reducirse a £ 1,250 al año como un expediente temporal mientras el bloque de apartamentos no se alquilaba total o sustancialmente debido a las condiciones imperantes. Eso significa que la reducción del alquiler se aplicó a lo largo de los años hasta finales de 1944, pero a principios de 1945 es evidente que los pisos se alquilaron en su totalidad y, de hecho, los alquileres recibidos de ellos (muchos de ellos no se vieron afectados por el Leyes de Restricción de Alquileres), se incrementaron más allá de la cifra en la que originalmente se contemplaba que se alquilaran. En todo caso, la renta debió haber sido muy considerable. **Encuentro que las condiciones que prevalecían en el momento en que se realizó la reducción del alquiler habían desaparecido por completo en los primeros meses de 1945. Estoy convencido de que todas las partes entendieron que la promesa se aplicaba únicamente en las condiciones vigentes en el momento en que se hizo, es decir, cuando los pisos sólo se alquilaron parcialmente, y no se extendió más allá de eso**. Cuando los pisos se alquilaron por completo, a principios de 1945, la reducción dejó de aplicarse.

En esas circunstancias, según la ley que yo sostengo, me parece que el alquiler se paga a la tasa completa para los trimestres que terminan el 29 de septiembre y el 25 de diciembre de 1945.

Si el caso hubiera sido de estoppel, se podría decir que en cualquier caso el estoppel cesaría cuando las condiciones a las que se aplicaba la representación llegaran a su fin, o también se podría decir que sólo finalizaría con notificación. En cualquier caso, es sólo una forma de determinar cuál es el alcance de la representación. **Prefiero aplicar el principio de que una promesa destinada a ser vinculante, destinada a ser cumplida y de hecho cumplida, es vinculante en la medida en que sus términos se apliquen correctamente**. Aquí era vinculante, ya que cubría el período hasta principios de 1945, y a partir de ese momento se paga el alquiler completo. (*Central London Property Trust Ltd. V. High Trees House Ltd*.)[1404]

Como vemos, Lord Denning trata de consolidar en esta decisión el cúmulo de decisiones que él mismo cita en los cuales se refería a una promesa que se torna vinculante. Hace alusión al estoppel, que en sí es una preclusión o una defensa de excepción basado en situaciones de hecho y no en promesas, y advierte que en este caso no se trataba de un caso de estoppel, pero sí de una promesa vinculante.

[1404] *Central London Property Trust Ltd. V. High Trees House Ltd*., [1947] KB 130.

Es necesario, además, advertir uno de los casos que el Lord Denning aludió, es el caso *Hughes v. Metropolitan Railway* (1876-77) LR 2 App Cas 439, en el que el Lord Cairns claramente manifestó las bases del estoppel referido a este tipo de casos.[1405]

Los hechos en el caso en mención son simples. El demandante Hughes era propietario de una propiedad que se la renta a la Compañía de Ferrocarril. En dicho contrato de alquiler se especificó que el propietario podía obligarle al inquilino a reparar desperfectos, pero tenía que darle al inquilino una notificación de 6 meses de plazo. El tema es que el propietario le da una notificación al inquilino para reparar ciertos daños el 22 de octubre de 1874, lo que significaba que tenía 6 meses para finalizar las reparaciones, o sea tenía hasta el 22 de abril de 1875. Sin embargo, el 28 de noviembre de 1874, el propietario le envía una carta al inquilino con el fin de que el inquilino adquiera intereses en las acciones de la compañía y el propietario empieza a negociar con el inquilino a fin de adquirir la propiedad arrendada. Sin embargo, el propietario no llega a un acuerdo con el inquilino, y al romper estas negociaciones, el propietario exige que el inquilino cumpla con las reparaciones para el 22 de abril. El inquilino se opone ya que entendieron que las negociaciones paralizaron el transcurso de los 6 meses, y que, en todo caso, un nuevo plazo debería empezar bajo una nueva notificación a lo cual se opuso, obviamente, el propietario.

De esta manera el propietario entabla una demanda contra el demandado, perdiéndola en el House of Lords. Este caso partió de la Corte de Common Pleas que le dio la razón al propietario, y luego subió en apelación a la Corte de Apelaciones, que revirtió la sentencia a favor del inquilino, sentencia que es corroborada por la Corte de Casaciones House of Lords. El Lord Cairns manifestó lo siguiente en la decisión que fue aceptada por los otros Lords O'Hagan, Selborne, Blackburn y Gordon.

> Señores, por estos motivos soy de la opinión de que la decisión del Tribunal que figura a continuación es correcta. No se argumentó en el Colegio de Abogados de su Señoría, y no se pudo argumentar, que existía algún derecho de un Tribunal de Equidad, o cualquier práctica de un Tribunal de Equidad, para otorgar reparación en casos de este tipo, a modo de clemencia, o simplemente para salvar la propiedad de la confiscación, pero es el primer principio sobre el que proceden todos los Tribunales de Equidad, que si las partes que han celebrado términos definidos y distintos que implican ciertos resultados legales - ciertas sanciones o confiscación legal - luego por su propio acto o con su propio consentimiento entrar en un curso de negociación que tenga el efecto de llevar a una de las partes a suponer que los derechos estrictos que surgen del contrato no se harán cumplir, o se mantendrán en

[1405] *Hughes v. Metropolitan Railway* (1876-77) LR 2 App Cas 439.

> suspenso o en suspensión, la persona que de otro modo hubiera hecho valer esos derechos no podrá hacer valerlos cuando no sea equitativo habida cuenta de los tratos que así han tenido lugar entre las partes. Señorías, repito que no atribuyo aquí al recurrente ninguna intención de aprovecharse, de tender una trampa o de adormecer con una falsa seguridad a aquellos con los que estaba tratando; **pero me parece que ambas partes, al entrar en la negociación que celebraron, hicieron que fuera injusto que el período exacto de seis meses que data del mes de octubre se midiera posteriormente con respecto a los Demandados como el período durante el cual las reparaciones deben ser ejecutadas.** (*Hughes v. Metropolitan Railway*[1406]).

Entonces, como vemos, utilizando un principio de equidad resolvió el tribunal para darle al inquilino más tiempo para reparar. Es de destacar que las Corte inglesas han dado cobertura al *equitable estoppel* inglés como una doctrina muy entroncada con relaciones contractuales preexistentes.

Entonces vemos cómo ha evolucionado la figura del estoppel inglés, y del *estoppel propietario* inglés en particular, y su relación con el Promissory estoppel americano. El estoppel propietario inglés sigue enlazado con situaciones contractuales preexistentes.

Si bien es cierto que el estoppel propietario inglés se parece al promissory estoppel americano, el promissory estoppel americano tiene una cobertura más amplia en el espectro de las negociaciones. Como hemos visto anteriormente, pese a que podamos equiparar el estoppel propietario inglés con el promissory estoppel americano, queda aún el principio inglés que el estoppel solamente puede ser usado como un escudo o defensa mas no como una acción o espada. En el caso que vimos de *High Trees*, Lord Denning mencionó que las Cortes no han ido tan lejos como conceder un derecho de acción por quebrantamiento de la promesa, y esta proposición fue enfatizada por Lord Denning en otro caso *Combe v Combe*[1407]:

> Por mucho que me inclino a favorecer el principio enunciado en el caso de *High Trees*, es importante que no se estire demasiado, no sea que deba agrandarse. Ese principio no crea nuevas señales de acción, donde ninguna había existido antes. Sólo impide que

[1406] *Hughes v. Metropolitan Railway* (1876-77) LR 2 App Cas 439 (1876-77) LR 2 App Cas 439.

[1407] *Combe v Combe*, (1951) 2 K.B. 215, 1 All E.R. 767. En este caso de estoppel propietario, en medio de los trámites del divorcio, un esposo promete dar una cantidad de dinero a su esposa. Luego el esposo rehusó realizar dichos pagos, y la esposa demanda al esposo basado en el caso Central London Property Trust v High Trees House [1947] KB 130 High Court, pero el mismo Juez Denning explicó que el principio del promissory estoppel no podía aplicarse a situaciones donde no existía una base contractual antecedente, y tampoco podía servir en la etapa formativa del contrato. Es decir, el Juez Denning quiso decir que el promissory estoppel no se podía usar como espada, mas sí como un escudo. Específicamente opinó:
El principio, según yo lo entiendo, es que, cuando una parte, mediante sus palabras o su conducta, ha hecho al otro una promesa o garantía que tenía por objeto afectar las relaciones jurídicas entre ellos y actuar en consecuencia, la otra parte ha tomado su palabra y ha actuado sobre ella, el que dio la promesa o la seguridad no puede después ser permitido volver a las relaciones legales anteriores como si ninguna promesa o seguridad hubiera sido hecha por él, pero debe aceptar sus relaciones jurídicas sujetas a la cualificación que él mismo ha introducido, aunque no esté respaldada en el punto de vista jurídico por ninguna consideración sino sólo por su palabra.

> una parte insista en sus estrictos derechos legales, cuando sería injusto permitirle hacer cumplir los mismos, habida cuenta de las transacciones que han tenido lugar entre las partes. (*Combe v Combe).*[1408]

Entonces queda clara que el estoppel inglés está asociado a situaciones de hecho, y que el promissory estoppel inglés funciona como una defensa o escudo, mas no como una causa de acción o espada, a diferencia del PE americano. De otra parte, existe una limitada aplicación del *estoppel* inglés a temas de transferencia de tierras, en el cual el *estoppel propietario* inglés guarda analogía con el PE americano.

En el caso *Huning v. Ferrer*s, Gilb. Rep. 84, 25 Eng. Rep. 59 (Ch. 1711), el demandante tenía un contrato de arrendamiento por 12 años, al vencimiento de este término el demandante cree que el arrendatario de por vida era el dueño de la propiedad y acuerda una extensión del arrendamiento. El verdadero dueño no sólo sabía de la existencia de este arrendatario de por vida y de tal acuerdo, sino que incentivó al demandante a invertir 2,800 libras esterlinas en dichos molinos. Cuando el arrendatario de por vida fallece, el dueño pretende desalojar al demandante, pero éste entabla una acción para evitar el desalojo y consigue detener tal desalojo porque la Corte opinó que sería fraudulento si el dueño pudiera ejercitar sus derechos legales en detrimento del demandante a quien había incentivado a invertir en la propiedad. La Corte opinó que sería fraudulento si el dueño pudiera ejercitar sus derechos legales en detrimento del demandante a quien había incentivado a invertir en la propiedad. (Ngugi, J. 2007, p. 470).

Otro ejemplo lo encontramos en el caso de *East India Company v. Vincent*, 2 Atk. 83, 26 Eng. Rep. 451 (Ch. 1740), en el cual existió un acuerdo verbal entre el demandado y el demandante que tenía sus tierras aledañas, y por medio del cual el demandado acordó que el demandante erija un edificio, pero luego del demandado erige una pared que bloqueó la luz del edificio. El juez ordenó que el demandado retire la pared. En esta situación, el caso pudiera haberse resuelto por medio de los principios ajenos al equitable estoppel referido a la propiedad, como por ejemplo los principios que dictan que un propietario tiene derecho a un pacífico uso y goce de su propiedad sin restricciones. (Ngugi, J. 2007, p. 471.)

En el caso de *Dillwyn v Llewelyn*[1409] 1862 4 De G. F. & J. 517, un hijo construye una casa en el terreno de su padre después que éste promete dejarle ese pedazo de tierra a su muerte. En

[1408] *Combe v Combe*, (1951) 2 K.B. 215, 1 All E.R. 767.
[1409] *Dillwyn v. Llewellyn*, 1862, 45 Eng. Rep. 1285, 1286.

efecto, al morir, en ausencia de testamento, el hijo se ve con la encrucijada del destino del terreno que lo reputa como propio. La Corte opinó que la conversación entre el padre e hijo no era un contrato por carecer de "consideración", pero que el hijo había adquirido derechos expectaticios en la tierra básicamente porque el hijo había invertido en una construcción de ese terreno, bajo expreso conocimiento del padre.

La doctrina del *estoppel propietario* se ve enunciada correctamente en la opinión disidente de Lord Kingsdown, en el caso *Ramsden v. Dyson*, HL 1866, donde enunció el principio[1410]:

> El estado de derecho aplicable al caso me parece ser esto; si un hombre, en virtud de un acuerdo verbal con un arrendador para un cierto interés en la tierra, o lo que equivale a la misma cosa, bajo una expectativa, creada o alentada por el propietario, que tendrá cierto interés, toma posesión de tal tierra, con el consentimiento del propietario y con la fe de tal promesa o expectativa, con el conocimiento del propietario, y sin objeción por él, deposita dinero en la tierra, un Tribunal de equidad obligará al propietario a dar efecto a tal promesa o expectativa. Este fue el principio de la decisión en *Gregorio v. Mighell* 18 Ves. 328 y, como yo concibo, está abierto a ninguna duda. Incluso si hubiera incertidumbre en cuanto a los términos del contrato, un tribunal de equidad podría, sin embargo, interferir para prevenir el fraude, pero no estaba claro qué, en ese caso, remedio debe darse. Las opciones eran entre la concesión de un interés específico en el terreno y la concesión de un recurso de restitución como una compensación monetaria."

En resumen, el estoppel promisorio en el common law estadounidense y el estoppel propietario inglés comparten similitudes en cuanto a su aplicación, ambos reconociendo la validez de promesas no formalizadas en contratos pero que crean expectativas legítimas.

Mientras el estoppel promisorio estadounidense se utiliza como una causa de acción, el estoppel equitativo inglés sirve principalmente como defensa, con el estoppel propietario inglés siendo una notable excepción. Casos emblemáticos como "*Dillwyn v. Llewellyn"* y "*Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd*." ilustran cómo promesas basadas en la confianza y actuadas en consecuencia pueden generar derechos legales, aunque el estoppel inglés se mantiene más restringido y vinculado a contextos contractuales preexistentes.

[1410] *Ramsden v Dyson*: HL 11 May 1866.

4. Carácter vinculante y fundamento jurídico del PE

La pregunta atinente a este respecto es si la teoría de la promesa vinculante puede complementar la teoría de la consideración contractual[1411], o tal vez eclipsaría a la misma doctrina de la consideración especialmente al convertirse este PE en un remedio o instrumento de recuperación contractual.

Algunos jueces han estimado que la teoría de la promesa vinculante ("promissory estoppel") no es un remedio de recuperación. Por ejemplo los casos *N. Litterio v. Glassman Constr. Co.*, 319 F.2d 736 (1963); *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.,* 133 N.W.2d 267, 26 Wis. 2d 683 (Wis. 1965); *Janke v. Vulcan*, 386 F. Supp. 687, 697 (1974) (sosteniendo que el Estatuto de Fraudes concierne contratos pero que la promesa vinculante concierne promesas sin base contractual); *R.S. Bennett & Co. v. Econ. Mech. Ind.,* 606 F.2d 182, 188 (7th Cir. 1979) (concluyendo que una demanda basada en la promesa vinculante no está limitada por el Estatuto de Fraudes porque no está contractualmente imbuida.)

De otra parte, el espectro del potencial crecimiento de la promesa "vinculante", al lado de otros desarrollos emanados de la equidad, sugirieron a muchos a anunciar que la consideración estaba muriendo[1412].

Por su parte Gilmore (1974) sostenía que la doctrina de la consideración basada en el intercambio fue abandonada debido a su desintegración en un lado del "detrimento" de la "promesa vinculante" y el otro lado del beneficio por la restitución. El vio que la relación ambigua entre la consideración y la promesa vinculante en el Primer Restatement era resuelta a favor de la promesa vinculante, que fue absorbiendo el principio del intercambio (consideration). La visión profética de Gilmore era que la teoría del contrato se iba a reabsorber en el antiguo campo de la

[1411] Bridgeman comenta que el estoppel promisorio proporciona una válvula de seguridad normativa. No es sólo una excepción a la doctrina de la consideración, sino una excepción que se aplica "según lo requiera la justicia". La estrategia es evitar lo que podría denominarse "insensibilidad normativa" incluyendo contenido normativo en la propia ley. De hecho, este tema se ha vuelto común en el derecho contractual moderno. (Bridgeman, C. (2008). Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy: Positivism, Formalism, And the Specification of Rules in Contract Law. *29 Cardozo L. Rev.,* p. 1454).

[1412] En este sentido Gamage y Kedem discuten varias críticas a la teoría de la consideración, pero la principal parece ser que los académicos formalistas no han podido justificar el uso de la consideración en lugar de formas alternativas. (Gamage, D. y Kedem, A. (2006). Commodification And Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations. *The University of Chicago Law Review, 73,* pp. 1364-1365).

responsabilidad extracontractual ("torts") y que tanto los contratos como los "torts" se iban a juntar en una teoría unificada de acción civil. (Teeven, 2005, p. 330).

Estas declaraciones motivaron un sinnúmero de críticas. Algunos estudios empíricos se realizaron culminando en direcciones encontradas. Un estudio en 1985 de casos reportados sobre la década anterior arrojó que el uso de la doctrina del PE estaba aumentando.[1413] Sin embargo, algunas otras encuestas empíricas sugirieron que Gilmore cayó en el error de aislar la idea de obligaciones no negociadas impuestas por la ley, como Holmes y Williston lo habían hecho antes al sobre-enfatizar el intercambio. Corbin, por su parte, señaló que no interesaba cómo los restarters (autores del Restatement) definieron la consideración, hubo siempre una variedad de razones para ejecutar promesas dentro y fuera de intercambios acordados. (Teeven, 2005, pp. 230 y ss.).

Los estudios demuestran que la promesa vinculante (PE) no ha tomado el lugar del intercambio negociado (*consideration*), pero que ha asentado un lugar preponderante en el terreno mercantil contractual. Sin embargo, en algunas situaciones, la teoría de la promesa vinculante (PE) fue usada en el terreno contractual con resultados interesantes. Así por ejemplo, Traynor unió la promesa vinculante (PE) a nociones de intercambio (consideration) en *Drennan v. Star Paving Co.*, 333 P.2d 757, 760, 51 Cal. 2d 409 (Cal. 1958) al mantener abierto el poder de aceptación, enfatizando el recíproco beneficio del promitente-subcontratista desde que es en su mejor interés que el contratista general obtuviera el contrato con el gobierno.

En el caso de *Drennan v. Star Paving Co., 333 P.2d 757, 760, 51 Cal. 2d 409 (Cal. 1958)*[1414], un sub-contratista se retracta de su oferta al contratista general después que el contratista general proveyó su oferta general a una licitación. Una vez que ganó la licitación, el demandado revoca su oferta, generando daño y perjuicio al contratista general que confió en la promesa del sub-contratista.

Otro ejemplo es la decisión de Traynor en *Monarco v. Lo Greco*, 220 P.2d 737, 35 Cal. 2d 621 (Cal. 1950), es un ejemplo del uso de la promesa vinculante para superar el Estatuto de Fraudes, permitiendo reemplazar el estatuto sólo si existiera enriquecimiento injusto o

[1413] Farber, D., y Matheson, J., proveen una encuesta de 222 casos de promesa vinculante encontrados en reportes (Farber, D., y Matheson, J. (1985). Beyond Promissory Estoppel: contract Law and The Invisible Handshake. *Hofstra Law Review*, 15, pp. 443-497).

[1414] *Drennan v. Star Paving, Co., Drennan v. Star Paving Co.,* 333 P.2d 757, 760, 51 Cal. 2d 409 (Cal. 1958).

inconciencia[1415]. Esta tendencia de Traynor hizo que la teoría de la promesa vinculante no estuviera muy apartada de los trebejos contractuales.

El papel de la promesa vinculante (PE) es vital en el mundo contractual, aunque no ha podido desplazar totalmente la presencia de la consideración en el contrato[1416], aunque su importancia ha quedado reamente reducida. El principal rol de la promesa vinculante ("promissory estoppel") es la de proteger la confianza justificada ("justifiable reliance") en la brecha entre una mera promesa y una negociación. Asimismo, tanto la restitución como la promesa vinculante sirven una valiosa función en proveer flexibilidad y justicia y para superar las formalidades de la consideración en circunstancias en las que su confinante definición resulta inútil.

4.1. Base filosófica del PE y su fuerza vinculante

Para comprender la base filosófica y el fundamento del PE podríamos tratar de analizar la figura de la PE y definir si su fuerza vinculante nace de la promesa del promitente que al final es violada o transgredida (por el mismo promisor), o es basada en el reliance (confianza) de la parte promisoria (o aceptante) que actúa en confianza de dicha promesa.

No vamos a profundizar nuestro análisis dentro de las corrientes de la economía política o la filosofía, o fijar nuestro análisis en dichas estructuras. Por ejemplo, la teoría de David Ricardo de la creación del valor o la teoría de la renta, que dice que el valor de intercambio de una mercancía dependía de la cantidad de trabajo encarnado en el producto. Dicha teoría es tomada en el Siglo XIX por Marx para crear su teoría de la plusvalía a partir de la teoría del valor laboral, postulando que el exceso de valor de un producto era producto entero de los trabajadores, y que los capitalistas (o los caseros) cuya inversión contribuyó a la producción no tenía ningún derecho a ninguna parte de la mercancía. Esta visión, dice Atiya, es extrema y nunca tuvo una influencia

[1415] Mitchell indica que el Estatuto de Fraudes es una legislación del siglo XVII destinada a desalentar demandas frívolas o maliciosas. Requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito y firmados para ser ejecutables. El Estatuto de Fraudes se menciona varias veces, relacionándolo con la ejecutabilidad de contratos y promesas, y la necesidad de que ciertos acuerdos estén por escrito. Además, Mitchell sugiere que el Estatuto de Fraudes es una norma legal destinada a prevenir el fraude. (Mitchell, C. y Mitchell, P. (2008). *Landmark Case in the Law of Contract*. Oregon: Hart Publishing, pp. 35-40, 110, 248).

[1416] Barnett analiza dos teorías principales de la consideración: la "teoría del consentimiento del contrato" y la "teoría de la transferencia de título" del contrato. La teoría del consentimiento se enfoca en la manifestación del consentimiento para estar legalmente obligado, mientras que la teoría de la transferencia de título se basa en los derechos de propiedad. (Barnett, R. (1996). The Death of Reliance. *46 J. Legal Educ., Georgetown University Law Center,* p. 522).

significativa en abogados o en operadores políticos, y puede ser desplazada por irrelevante. (Atiyah. 1979, pp. 316-317.)

Tampoco hemos tratado de analizar la justicia o la eficiencia del sistema del PE o de la CIC a partir del análisis económico del derecho de Posner. Para Posner, el *common law* es un sistema creado para maximizar la riqueza de la sociedad, mientras que sistemas estatutarios están menos premunidos para promover eficiencia, aunque estén iluminados de un análisis económico. (Posner, E. A. 1998, p. 27.)

Por su parte Posner también predica que el análisis del derecho se sujeta a principios económicos (Kraus, J. 2008, p. 190.). El caso de *State v. Bentley* 41 N.W. 338 WIS 1889, es resuelto en términos económicos. Se trata del caso del constructor Bentley que es contratado por el Estado para ampliar unos edificios, que resultan derrumbándose debido a la pobre arquitectura. La Corte decide exculpar a Bentley sin expresar la política subyacente, y Posner lee entrelíneas explicando que, para el análisis económico del derecho, es más barato ubicar el costo de la reparación en el Estado que en los hombres de Bentley que podría buscar un seguro más barato.

Lo curioso del análisis económico del derecho es que el mismo Posner (2003) explica que dicha teoría no haya producido una teoría económica del contrato. (p. 830) Es más, Posner (2003) critica a diversos autores que pretendieron encontrar una teoría económica en el contrato (tales como Holmes, Llewellyn, Hale and Fuller) antes de 1970 (ya que la teoría económica del derecho nació en 1970), tildando sus acercamientos de "banales" debido a que la teoría posterior a 1970 es más sistemática y cuidadosa. (p. 831).

Sin embargo, el problema de este análisis económico del derecho es que presume que el resultado de la decisión jurídica pasa necesariamente por un enunciado económico que se supone gobierna el pensamiento del juez al momento de decidir; sin embargo, una resolución judicial es el resultado no solamente de una elaboración económica sino de una determinación política que responde a intereses o políticas o filosofías que el Juez comparte y sobre las cuales basa su decisión. Políticas, filosofías y consideraciones sociales que lo vinculan a su línea de pensamiento, que responde a lo que ciertos grupos sociales reclaman o ven como justo.

Y en cuanto al *detrimental reliance*, Posner explica el caso de aquel joven que renuncia a su trabajo a tiempo parcial en atención a la promesa del hombre rico de pagar su pensión de universidad, donde pese a que no existe consideración en el sentido realista, la ley trata aquel

incumplimiento de contrato como un quebrantamiento contractual a través de la ficción del detrimental reliance (renuncia al trabajo parcial) como una forma de consideración. (Posner, E. A. 1998, 108.)

Por otro lado, nuestro estudio sobre la efectividad y justicia de una institución sobre otra requiere analizar el derecho desde una perspectiva múltiple que incluya un análisis triádico de normas, conductas y valores, que interactúan entre sí para determinar cuál es más eficiente y justa. Sin embargo, dentro de la misma institución del estoppel promisorio (PE), surge otra pregunta: si el PE responde completamente a la promesa como una fuerza vinculante o al reliance (confianza) del aceptante o promisario.

Para Gilmore (1974), como se analizó anteriormente en el capítulo IV, observamos cómo la fuerza de la autonomía de la voluntad va cediendo terreno ante el concepto de reliance (confianza). Este cambio incluso sugiere el declive de los contratos como manifestaciones de la voluntad individual, dando paso a una era en la que predomina el reliance. (p. 68).

Ahora bien, en cuanto al tema sobre las representaciones o promesas que el promitente otorga al promisario, como hemos visto en apartados anteriores, la teoría contractual ha experimentado una expansión con respecto al tema de las promesas. La Jurisprudencia ha utilizado la doctrina del PE no solamente para casos de responsabilidad precontractual sino también para múltiples situaciones que no solamente se restringen al tema de la responsabilidad precontractual. Por ejemplo, tenemos el caso de *Garcia v. Von Micsky*, 602 F. 2d 51 (2d Cir. 1979)[1417], donde la demandante Sra. García, se somete a una ligadura de trompas en manos del demandado Dr. Von Micsky, quien le asegura que después de la ligadura ella era completamente estéril y ya no iba a tener hijos. Error, después de la ligadura, la demandante queda embarazada, el Dr. Von Micsky fallece, y la Sra. García tiene que someterse a un aborto. Como consecuencia de estos gastos, la demandante demanda a la sucesión del Dr. Von Micsky, y la Corte ampara su demanda basada en la teoría del PE, artículo 90 del Primer Restatement de los Contratos.

Otro ejemplo, en el tema de *Wachovia Bank v. Rubish*, 306 N.C. 417, 293 S.E.2d 749 (N.C. 1982)[1418] en el cual el banco había alquilado una oficina al inquilino Rubish y se había estipulado en el contrato que para poder renovarlo Rubish tenía que dar una nota escrita al banco para tal

[1417] *Garcia v. Von Micsky*, 602 F. 2d 51 (2d Cir. 1979).
[1418] *Wachovia Bank v. Rubish*, 306 N.C. 417, 293 S.E.2d 749 (N.C. 1982).

renovación, año tras año. Pues bien, el Banco no solicitó esa notificación por escrito, ni el inquilino se la dio por el espacio de 2 años, y después de haber recogido la renta puntualmente el banco demanda al inquilino por no haberle dado la notificación pactada durante los dos últimos años, pero la Corte le niega la demanda puesto que el banco había perdonado la omisión del requisito de la nota escrita, y había aceptado las rentas del inquilino, ante lo cual la Corte opinó que debido a esas características, debía aplicarse la teoría del PE, así los sostuvo el Juez Exum en su resolución:

> Sin embargo, existe evidencia a partir de la cual el jurado pudo encontrar que Wachovia fue impedida para exigir una notificación por escrito sobre la teoría del *promissory estoppel*, en oposición al *equitable estoppel*. La teoría se basa en la proposición de que el Sr. Baker había renunciado a dos infracciones de la condición de notificación por escrito, y el demandado se había basado en la promesa implícita de estas exenciones de que no se requeriría ninguna notificación por escrito a partir de entonces. Por lo tanto, el Sr. Baker, si hubiera vivido, no podría afirmar el requisito de notificación por escrito sin informar al demandado que se requeriría una notificación por escrito, y Wachovia se pone en el lugar del Sr. Baker. *(Wachovia Bank v. Rubish*, 306 N.C. 417, 293 S.E.2d 749 (N.C. 1982).[1419]

Otro caso interesante de estudio es el de *Katz v. Danny Dare, Inc*., 22 Ill.610 S.W.2d 121 (Mo. Ct. App. 1980)[1420]. En este caso el demandante trabajaba para la compañía Danny Dare, Inc. En una oportunidad se golpeó la cabeza durante el trabajo al momento de retirar un dinero, y entonces la compañía le convenció al trabajador de que se retire y le premió prometiéndole $13,000 de por vida por año como pensión cuando se retirase. El trabajador testificó durante el juicio de que, de no haber sido por el incentivo de su pensión, nunca se habría retirado. La compañía le pagó durante dos años dicha pensión y luego se negó a seguir pagando. El empleado continuó trabajando a tiempo parcial para la compañía y para otra compañía también. Entonces Danny Dare rebajó el monto de los cheques bajo el argumento que el trabajador había recobrado su capacidad para trabajar. Katz demandó a la compañía para recobrar el monto total de la pensión prometida bajo la premisa del *Promissory Estoppel*. La Corte aceptó la demanda bajo tal teoría, ya que hubo un "detrimental reliance" (confianza detrimental) de carácter substancial. El Demandado *Danny Dare* argumentó que el Demandante tuvo que elegir entre el retiro o ser

[1419] Ahora bien, comparar estos casos con el RINP, resulta impreciso puesto que estos casos no están diseñados para ser estudiados a partir de una responsabilidad precontractual, sino que se basan en un contrato, en una actitud o en un hecho u omisión que se lo equipara a una promesa y que viaja paralelamente al contrato para generar una expectativa, una acción u omisión en la otra parte, y que en efecto, dicha segunda parte actúa o deja de actuar en función a dichas acciones u omisiones; lo cual dista de la doctrina de la RINP que exige un deber de actuar de buena fe en una negociación preliminar, pero en estos casos no hay negociaciones preliminares, por cuanto las promesas acaecen después de la celebración de un contrato

[1420] *Katz v. Danny Dare, Inc*., 1989, 610 S.W. 3d, 121, Missouri Court of Appeals, Western District.

despedido, entonces el promissory estoppel no aplicaba porque no hubo "bargain" (intercambio), o sea no hubo consideración. La Corte no concordó, anotando que esas dos opciones parecen que no eran las únicas debido a que la compañía invirtió mucho tiempo para convencer a Katz a que se retire. Bajo estas circunstancias, la Corte determinó que el retiro fue claramente voluntario.

En realidad, la corte originalmente desestimó la demanda, respaldando el argumento presentado por la empresa demandada. Sostenía que el demandante, Katz, habría sido despedido de todas formas y que el paquete de incentivos de jubilación no constituía una forma de confianza perjudicial para Katz. Esto se debía a que la empresa sostenía que Katz nunca iba a ser despedido, ya que había sido un empleado leal que había sufrido problemas de salud como resultado de haber prevenido un robo en la empresa años atrás. Además, Katz era cuñado del presidente de la compañía, Harry Shopmaker.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Missouri revocó esta decisión, argumentando que la promesa de ofrecer el paquete de jubilación se había estado discutiendo durante un año y que no existía la intención de despedir a Katz. Además, consideraron que Katz podría haber continuado trabajando si no hubiera confiado detrimentalmente en la promesa de la empresa.

De esta manera, el Tribunal de Apelaciones de Missouri determinó que la promesa de pagos de pensión hecha a Katz por Danny Dare, Inc. era vinculante bajo la Doctrina de Estoppel Promisorio. El tribunal afirmó que Katz había satisfecho los elementos necesarios del *estoppel promisorio* y, por lo tanto, debería recibir la pensión que le adeudaba Danny Dare, Inc. En consecuencia, el caso fue revocado y devuelto para su reconsideración con esta nueva interpretación[1421].

Como vemos, la Corte decidió prudentemente este caso por el tema del Promissory Estoppel en el sentido que encontró los elementos bien claros y fundados. El empleado Katz confió en una promesa que le hizo su empleador (Danny Dare), y en base a tal promesa se retira de su trabajo, para luego comprobar que después de unos años su empleador incumple la promesa de pagarle los $13,000 por año como lo había prometido. La injusticia que podría evitarse solamente es a partir de la operatividad de la doctrina del PE. La Corte opinó que no era necesario

[1421] Para Knapp, este caso podría haberse resuelto por ambas doctrinas, ya sea por la del "bargain" o del reliance", porque la Corte de Apelaciones vio que hubo una negociación antes que Katz decidiera confiar en la promesa de la Compañía; pero, por otra parte, es cierto que dicha promesa motivó un cambio de posición de Katz. (Knapp, C. (1998). Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel. *Hastings Law Journal. 49, 5,* p.1255.) Esto demuestra que la teoría del PE tiene un carácter contractual y no extracontractual y su fuerza vinculante parte a partir de las falencias de la consideración, muchas veces con una superposición entre el *bargain* (teoría del intercambio) y el reliance (teoría del PE).

que Katz demuestre que renunció a un derecho que le correspondía (como era el derecho a trabajar que lo renuncia a partir de la herida en su cabeza sostenida como accidente en el lugar del trabajo).

En cambio, en el caso de *Hayes v. Plantations Steel Co*., 438 A.2d 1091 (R.I. 1982)[1422] se resuelve de manera diferente: Hayes había trabajado por 25 años para la compañía Plantations, eventualmente siendo ascendido a la posición de manager general. En 1972 Hayes anunció su decisión de retirarse, y el presidente de Plantations Hugo Mainelly, le dijo a Hayes que la compañía continuaría pagándole a Hayes una pensión anual de $5,000 después de su retiro, sin especificar un límite de tiempo. En realidad, ese dinero le es pagado a Hayes solamente por 4 años y luego se detiene dicho pago cuando empiezan a haber problemas económicos en la empresa Plantations.

Cuando Hayes se queja y plantea se demanda, se determina que Hayes había manifestado su decisión de retirarse de la compañía mucho tiempo antes que se le prometan los $5,000 anuales por retiro, por ese motivo la Corte evaluó vio el elemento de la confianza detrimental. O sea, no existió una promesa de Plantations que induzca a Hayes a retirarse, porque ya Hayes tuvo la intención de retirarse antes que Plantations le ofrezca la pensión de $5,000, de modo que Hayes no se retira basado en la confianza de dicha pensión.

En el caso *Hayes v. Plantations Steel Co.*, la Corte Suprema de Rhode Island revocó el fallo del tribunal inferior que había dictaminado que Plantations Steel Company debía pagar a Hayes una pensión anual de $5,000. La corte determinó que no había consideración válida para la promesa de la pensión, ya que Hayes ya había decidido retirarse antes de que se hiciera dicha promesa, y su decisión no fue influenciada por ninguna declaración o conducta de la compañía. La expectativa de Hayes de recibir una pensión no estaba basada en ninguna declaración hecha por un oficial de la compañía o en su conducta hacia él en enero de 1972. Por lo tanto, se concluyó que la promesa de una pensión no era legalmente exigible.

La corte también consideró que la afirmación de Hugo Mainelli Jr. de que la compañía "cuidaría" de Hayes no constituía una promesa directa y definida de pagarle una pensión. Aunque

[1422] *Hayes v. Plantations Steel Co*., 438 A.2d 1091 (R.I. 1982).

hubo pagos durante varios años, la corte halló que no había suficiente base para un contrato implícito ni para aplicar la doctrina del estoppel promisorio, ya que Hayes no modificó su posición en gran medida debido a la promesa de Mainelli. Además, la corte señaló que la mera expectativa de Hayes, sumada al hecho de que se habían realizado pagos durante varios años, no era suficiente para satisfacer los requisitos de confianza bajo la doctrina del estoppel promisorio.

Por estas razones, la apelación del demandado fue sostenida y el juicio del Tribunal Superior fue revocado, devolviendo los documentos del caso a dicho tribunal.

La esencia del estoppel promisorio (PE) reside en el reconocimiento de la existencia de un "detrimental reliance"[1423], es decir, la confianza depositada por el aceptante de una promesa (promisario) en las promesas del promitente. Esta confianza lleva al promisario a cambiar su posición de una manera que resulta perjudicial o detrimental para sus intereses. A partir de este detrimental reliance surge la necesidad de resarcir o indemnizar el daño causado. En otras palabras, el PE se activa cuando la confianza del promisario en la promesa del promitente resulta en una acción o inacción que perjudica sus intereses, creando así una obligación legal para el promitente de compensar al promisario por las pérdidas o daños sufridos debido a esa confianza.

4.2. Influencia del *Promissory Estoppel* en Australia

a). El Caso *Waltons* como partida de nacimiento

El afán de tener una teoría unificada en el Derecho Inglés no se ha logrado aún, como sí se ha logrado en los EE.UU. a través de la sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos. La doctrina del *promissory estoppel*, unificada, ha sido entonces la misma doctrina del derecho inglés, pero ha sido "americanizada" corregida y aumentada, y reexportada al Commonwealth, como por ejemplo a Australia.[1424]

[1423] Gordley sugiere que el estoppel promisorio surgió como una forma de explicar casos que no encajaban fácilmente en la definición de la consideración como un "acuerdo". (Gordley, J. (1995). Enforcing Promises. *83 Cal. L. Rev. 547,* pp. 563-565).

[1424] Ngugi piensa: "Como veremos pronto, sin embargo, tribunales ingleses están llegando a un resultado similar, no explícitamente invalidando la limitación de Combe, pero argumentando la reunificación del estoppel que no distinga entre el estoppel promisorio y el propietario. El resultado de tal unificación sería hacer vinculantes todas las representaciones en las que justificadamente haya dependencia del promitente; en otras palabras, llevar el derecho inglés con los desarrollos en la doctrina americana como es propugnada en la sección 90 del Segundo Restatement de contratos (segunda actualización). Curiosamente, la inspiración para esta "unificación" parece no directamente de los Estados Unidos, donde la doctrina de estoppel promisorio funcionalmente alcanzó dicha unificación, sino de los países del Commonwealth que han adoptado la formulación americana de la doctrina de estoppel promisorio, como Australia. Si esta tendencia continúa y se convierte en derecho inglés establecido en la ley, el *promissory estoppel* completaría un viaje intrigante como un trasplante jurídico: de Inglaterra a los Estados Unidos; y de nuevo a Inglaterra a través del Commonwealth. En cualquier caso, sería un caso de éxito notable para un trasplante legal" (Ngugi, J. M. (2007). Promissory Estoppel: The Life History of An Ideal Legal Transplant. *University of Richmond Law Review, 41, 2, 5,* 425-497, p. 483).

Australia acoge la teoría del *promissory estoppel* a partir de la influencia del caso del common law inglés *Central London Property Trust v. High Trees House Ltd*[1425] de Inglaterra. Como se recordará, este caso se refiere a las promesas realizadas por el propietario de unos apartamentos a un inquilino durante el Segundo Guerra Mundial. Debido a la guerra, los subarrendatarios pagaban una renta reducida. El arrendatario y el arrendador acordaron verbalmente reducir la renta durante la guerra, pero al finalizarla, el arrendador buscó recuperar la diferencia y exigir el pago completo. El juez Denning emitió una sólida decisión basada en el *estoppel*. Según el derecho consuetudinario, una afirmación sobre el futuro no daría lugar a un estoppel a menos que esté incorporada como un contrato. Sin embargo, en casos en los que las promesas tienen la intención de crear relaciones jurídicas y se cumplen conscientemente, los tribunales han sostenido que estas promesas deben ser cumplidas. En este caso, se consideró que la promesa de aceptar una renta reducida era vinculante, a pesar de la falta de consideración. El juez señaló que la ley y la equidad deben ser consideradas juntas y abordar los problemas en ese sentido.[1426]

De modo que el caso emblemático del derecho australiano lo encontramos en *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher*[1427]. Aunque Graw (1998, p. 98-99) piensa que este caso se basó en *Central London Property Trust v. High Trees House Ltd.,* una lectura atenta de la decisión del Juez nos brinda la convicción de que la Corte también se basó en el caso americano *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua Country Bank of Jamestown*[1428]*,* como lo veremos enseguida.

Este caso trata de que un potencial inquilino Waltons (demandado en la acción principal), entró en negociaciones para alquilar un local comercial en la zona de Nowra con el dueño de un local comercial (Maher, demandante en el proceso de primera instancia). Los abogados de ambas partes entraron en negociaciones de intercambio de acuerdos. Si bien es cierto no se llegó a firmar un acuerdo final, sí existieron una serie de intercambio de documentos, lo que aunado al silencio de parte de los abogados del potencial inquilino (demandado) indujo al dueño Maher (demandante) a creer y confiar en que el acuerdo final sería firmado por el inquilino y procedió a demoler una parte de las estructuras para acomodar al futuro inquilino Waltons.

[1425] *Central London Property Trust v. High Trees House Ltd., KB 130 (1947).*
[1426] Este caso se aborda más ampliamente en la sección del *Estoppel Proprietario* inglés en este mismo capítulo.
[1427] *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher (1988)* 164 CLR 387.
[1428] *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua Country Bank of Jamestown,* 159 N.E. 173, 175, 176, 246 N.Y. 369 (1927).

Después de realizar la demolición, Waltons se rehusó a firmar el acuerdo final y Maher lo demandó aduciendo que existió un contrato y que Waltons estaba impedido (*estopped*) de negar la existencia de un contrato vinculante para arrendar las instalaciones del demandante. Maher demandó a Waltons por ejecución forzosa, y ganó las dos instancias, de modo que Waltons presenta esta apelación ante el tribunal supremo. Este era el asunto central, y en caso afirmativo, determinar si el demandante (el dueño Maher) puede respaldar la orden emitida por el juez de primera instancia (Kearney J.), confirmada por la Corte de Apelaciones de Nueva Gales del Sur, que establece que el apelante Waltons (demandado inquilino) debe pagar daños y perjuicios en lugar del cumplimiento específico de un acuerdo de arrendamiento.

El estoppel en este caso se basa en una serie de eventos que comenzaron con discusiones y correspondencia entre los abogados de ambas partes en las primeras semanas de noviembre de 1983. Durante las negociaciones, se acordaron enmiendas al contrato de arrendamiento y se establecieron fechas límite para la finalización de la construcción del edificio. En una conversación crucial el 7 de noviembre, se discutió la necesidad de llegar a un acuerdo en los próximos días debido a los plazos que debían cumplirse. Se mencionó que las instrucciones verbales de Waltons Stores indicaban que las enmiendas eran aceptables. Aunque se enviaron documentos con las enmiendas acordadas y se solicitaron la aprobación del apelante (el propietario-arrendatario), este decidió no proceder con el acuerdo debido a un cambio en su política minorista. A pesar de esto, la construcción del edificio continuó según los planes aprobados por el apelante. No hubo un intercambio formal de contratos y en ningún momento se informó a los demandantes que se había realizado el intercambio. Ambas partes consideraban el intercambio de contratos como un requisito esencial para crear un contrato vinculante.

Una cuestión central en este caso es si los demandantes tenían una creencia razonable[1429] de que se había alcanzado un acuerdo vinculante entre las partes. El juez de primera instancia aceptó la versión del demandante de que asumieron que el intercambio de propuestas era sólo una formalidad y que estaban obligados a proceder con el proyecto de construcción.

[1429] Mc Kendricks menciona que, según la Corte Suprema de Australia en el caso *Waltons Stores v Maher*, el estoppel promisorio puede crear una causa de acción en un caso apropiado. La función del estoppel es evitar el detrimento que sufriría el promisario o aceptante como resultado de la conducta inadmisible del promisor, ofertante o promitente al apartarse de los términos de su promesa. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, pp. 156-157).

El tribunal de apelaciones también consideró que el demandado tenía la responsabilidad de informar a los demandantes que su suposición -de que se habían intercambiado contratos o que existía un contrato vinculante- era incorrecta. Según el tribunal, el demandado debió haberles comunicado que no tenía la intención de realizar el intercambio de propuestas hasta que tomara una decisión final sobre su estrategia.

El *estoppel* establecido por los demandantes y encontrado por el juez principal era un *estoppel* común en forma de representación por parte del apelante, constituida por su silencio en circunstancias en las que debería haber comunicado su disconformidad con las propuestas contractuales o su desavenencia con el acuerdo en general. De esta manera el Tribunal Supremo confirmó las decisiones del Juez de primera instancia.

Como lo habíamos enunciado al principio, el caso Waltons inaugura formalmente el inicio del promissory estoppel en Australia. Sin embargo, como lo sostuvo Graw (1998) "el ámbito exacto del promissory estoppel no es enteramente claro". De modo que al amparo del análisis de este caso (Waltons) vamos a proceder a estudiar la fisonomía del PE en Australia.

b). Elementos del Promissory Estoppel en el common law australiano

A partir de *Waltons*[1430] se elaboraron los siguientes elementos:

1. Alguna forma de relación legal preexistente entre las partes bajo el cual derechos existieron o fueron esperados de ser creados (Graw, 1998, p. 100).

Como vimos anteriormente en el *common law* americano, no hay necesidad de esta relación preexistente.

2. Una promesa, compromiso o garantía (que puede ser expresa o implícita, siempre y cuando sea clara, inequívoco y sin ambigüedades) por parte de una de las partes de que él o ella no insistirá en sus estrictos derechos legales (Graw, 1998, p. 100).

Por su parte, en el common law americano, como lo vimos anteriormente, es necesaria solamente una promesa o representación, porque de allí empieza la teoría, pero no es necesario que exista una renuncia a futuros derechos legales. Anteriormente vimos que el PE ha

[1430] *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher (1988)* 164 CLR 387.

evolucionado y la renuncia a este tipo de derechos es solamente una vertiente de las muchas que el PE tiene, de modo que este elemento es también discutible.

El Tribunal lo expresó en *Waltons*[1431], de la siguiente manera:

> La falta de acción del apelante, en todas las circunstancias, constituyó un claro estímulo o inducción para que los demandados continuaran actuando en base a la suposición que habían hecho. Fue injusto que el apelante, sabiendo que los demandados se estaban perjudicando al actuar en base a una suposición falsa, adoptara un curso de inacción que los alentara en el camino que habían elegido. Para expresar el punto en el lenguaje del *promissory estoppel*, el apelante está impedido en todas las circunstancias de retractarse de su promesa implícita de completar el contrato. (Párrafo 38, pp. 25-26).

3. Reliance: una confianza real por parte de la otra parte en la promesa, compromiso o garantía. Este extremo es común al PE americano.

Por su parte, el tribunal en *Waltons*[1432], explicó cómo el numeral 90 del Segundo Restatement de Contratos[1433] es percibido:

> La proposición establecida en el punto 90(1) del Restatement parece, a primera vista, reflejar una conexión más estrecha con el derecho general de contratos que nuestra doctrina del *promissory estoppel*, con sus orígenes en el concepto equitativo de conducta injusta, podría permitir. Esto se debe a que, en los Estados Unidos, el *promissory estoppel* se ha convertido en un equivalente o sustituto de la consideración en la formación de contratos, siendo el perjuicio un elemento común a ambas doctrinas. No obstante, la proposición, al condicionar la ejecución de la promesa a (a) una expectativa razonable por parte del promisor de que su promesa inducirá a la acción o abstención por parte del beneficiario de la promesa, y (b) la imposibilidad de evitar la injusticia por otros medios, deja claro que la promesa se ejecuta en circunstancias en las que apartarse de ella resultaría en una conducta injusta. Cabe destacar que el énfasis recae en la expectativa razonable del promisor de que su promesa inducirá a la acción o abstención, no en el hecho de que haya creado o fomentado una expectativa en el beneficiario de cumplimiento de la promesa. (párrafo 26, p. 18)

[1431] *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher (1988)* 164 CLR 387.
[1432] *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher (1988)* 164 CLR 387.
[1433] American Law Institute. (1981). Section 90: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance. In Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC].

4. Detrimento, que Graw (1998) lo describe como: "un elemento de perjuicio en el que, debido a que actúa en base a la suposición, el beneficiario de la promesa se encuentra en una posición peor (cuando resulta que la suposición es falsa) de la que estaría si la promesa, compromiso o garantía nunca se hubiera realizado." (p. 100)

Como lo vimos anteriormente, el PE se basa en la interacción entre el detrimento y el reliance, pero no es necesario determinar si la promesa era falsa o no, es decir, es irrelevante el estado mental de la parte que promete. En el anexo III veremos que la buena fe (de la CIC) se presume y la mala fe debe ser probada, asimismo anteriormente vimos que el estoppel inglés se basa en una *misrepresentación* (una falsedad del promitente); sin embargo, para el PE el estado mental del promitente es irrelevante, a menos que estemos frente a la figura del misrepresentation, donde la malicia o la mala fe es necesario demostrarla para solicitar una indemnización.

5. El elemento de falta de equidad, o injusticia. Este extremo es parecido al del PE americano. En efecto, en este sentido el tribunal en *Waltons*[1434], establece que:

> Existen argumentos válidos en estas objeciones y puede que no sea una respuesta suficiente repetir las palabras del Lord Denning M.R. en el caso *Crabb v. Arun District Council* [1975] EWCA Civ 7; (1976) Ch 179, en la página 187: "La equidad interviene, fiel a su forma, para mitigar los rigores de la ley estricta". Es cierto que, en el caso ortodoxo del *promissory estoppel*, donde el promisor promete que no ejercerá o hará valer un derecho existente, los elementos de la confianza y el perjuicio atraen la intervención equitativa sobre la base de que es inaceptable para el promisor apartarse de su promesa si hacerlo resultará en perjuicio para el beneficiario de la promesa. (Párrafo 23).

c). Limitaciones de la doctrina del PE

Analizando el caso Waltons, podemos colegir que existen dos vertientes de influencia en esta decisión. Por una parte, el promissory estoppel norteamericano y por otra el estoppel inglés. Vamos a estudiar brevemente ambas vertientes.

[1434] *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher (1988)* 164 CLR 387.

Por parte de la vertiente inglesa, y basado en el caso *High Trees*[1435] analizado anteriormente, el PE australiano se limita a buscar el menos remedio para rectificar el detrimento (Graw, 1993, p. 100). Sin embargo, como lo veremos en el anexo IV de esta obra, el PE americano no solamente se detiene en la búsqueda del interés negativo (daño emergente) sino también muchas veces en la búsqueda del interés positivo[1436] (lucro cesante), cuando el demandante pueda demostrar los daños con un grado de certeza razonable o hasta la ejecución forzosa.

De otra parte, bajo la influencia del caso *Combe v. Combe*[1437] ya estudiado anteriormente, la figura del estoppel quedó como una defensa (figura de escudo), y no como una acción (de espada), es decir, históricamente el PE inglés no es una causa nueva de acción sino es un instrumento de defensa. Sin embargo, el *common law* australiano, motivado por el caso *Allegheny College*[1438] -que ve en el PE un sustituto de la consideración, como lo vimos anteriormente- ha resuelto este dilema y ha concluido que, pese a que el estoppel no crea una nueva acción, el PE puede servir de base fáctica para que el demandante fundamente su derecho de acción. Así, Graw (1993) lo expresa: El estoppel promisorio puede ser utilizado como una defensa, pero ese no es su único uso. También puede ser utilizado de manera agresiva, no para crear una causa de acción, sino "como fundamento fáctico de una causa de acción que surge bajo principios ordinarios de derecho". (p. 103).

5. Distinción entre la PE y otras figuras

5.1. La consideración y la causa

Vamos a estudiar brevemente cómo los operadores del *common law* han identificado de alguna manera la teoría de la consideración del *common law* con la teoría de la causa clásica del *civil law*. [1439]

[1435] *Central London Property v High Trees,* [1947] KB 130; [1956] 1 All ER 256; 62 TLR 557; (1947).
[1436] De la misma forma, Knapp (1998) ha planteado que la figura del promissory estoppel puede ser la base no solamente para los daños basados en el daño detrimental (daño emergente) sino también en el daño expectativo (lucro cesante) (Knapp, C. (1998). Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel. *Hastings Law Journal. 49, 5,* pp. 1251-1252).
[1437] *Combe v. Combe,* 2 KB 215. [1951].
[1438] *Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua Country Bank of Jamestown,* 159 N.E. 173, 175, 176, 246 N.Y. 369 (1927).
[1439] Para un estudio profundo sobre la teoría de la causa desde la perspectiva del Derecho Romano, pasando por la Edad Media, hasta culminar en la redacción del Código de Napoleón de 1804 sobre la causa clásica de Domat y Pothier, para luego pasar por las teorías anticausalistas de Ernst, y dar lugar al neocausalismo de Josserand y las teorías italianas de la función, remitimos al lector a la obra "El Cuarto Lado del Triángulo. El Problema de la Causa del Acto o Negocio Jurídico. (Lizarraga, 2000.) Por su parte, Bernal Fandiño señala que hubo una "importante corriente anticausalista" a finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Para ello hagamos, brevemente, un poco de historia de la teoría de la causa. En el derecho romano, no existió una única concepción técnico-jurídica de la causa[1440]. Más bien, se presentaron múltiples interpretaciones del término. Este enfoque estaba orientado a las "manifestaciones externas de las sustantividades básicas"[1441], dentro de una Babel terminológica de los textos romanos[1442]. Este panorama muestra que, en Roma, la comprensión de la causa era compleja y no se limitaba a una sola definición técnica o jurídica.

García de Enterría (1965) sugiere que el problema de la causa se plantea inicialmente en el derecho romano a raíz de los contratos innominados (p. 545), que en realidad son contratos reales innominados[1443]. El contrato innominado en el Derecho Romano surgiría tras la realización de la primera prestación, ya sea mediante la entrega de una cosa (datio) o la ejecución de un servicio (facere). La "causa data" en los contratos innominados del Derecho Romano se refería a la entrega inicial o acción realizada, que funcionaba como el elemento esencial para la formación del contrato. Este acto inicial, ya sea la entrega de un objeto o la prestación de un servicio, se consideraba la causa eficiente o etiológica que generaba obligaciones contractuales. La cosa o el servicio entregado, en este contexto, se consideraba no sólo como un componente del contrato, sino como el motor que impulsaba la creación de obligaciones mutuas entre las partes[1444].

Este movimiento criticó a la causa por ser un concepto ajeno al derecho romano y por considerarla innecesaria, ya que se veía como superpuesta con las nociones de consentimiento y objeto. (Bernal Fandiño, M. (2006). La Transformación de la Causa en el Derecho de Contratos Francés. *Universitas Pontificia Universidad Javeriana,* 111, p. 230.).

[1440] En el Digesto (7.2)(2.14)encontramos: "7. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro IV. Algunas convenciones basadas en el Derecho de Gentes dan lugar a acciones, y otras dan lugar a excepciones.
(1) Aquellas que dan lugar a acciones no son conocidas por sus propios nombres, sino que se engloban bajo la designación especial de contratos; como compra, venta, alquiler, sociedad, préstamo, depósito y otros términos similares.
(2) Cuando el asunto no ha sido incluido bajo alguna categoría de contrato especial, entonces, como Aristo muy acertadamente le dijo a Celso, existe una obligación; como, por ejemplo, yo te di algo con el entendimiento de que tú me darías otra cosa; o te di algo con el entendimiento de que realizarías algún acto, y esto es sunallagma, es decir, un acuerdo mutuo, y de ello surgirá una obligación civil. Por lo tanto, soy de la opinión de que Juliano fue muy justamente criticado por Mauriciano por su decisión en el siguiente caso: "Te di a Stichus con el entendimiento de que manumitirías a Pamphilus; lo manumitiste, pero Stichus fue desalojado por otra parte". Juliano sostiene que el Pretor debería conceder una acción de hecho; pero el primero dice que hay una acción civil por un objeto que es incierto, es decir, una en términos prescritos, pues hay un contrato que Aristo llama sunallagma, y de esto se deriva la acción. (Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm.)

[1441] Ourliac, P. y De Malaffose, J. (1960). *Derecho Romano y Francés Histórico*, T. I. Barcelona: Bosch, pp. 296-297.

[1442] Gorla, G. (1959). *El Contrato. T. I, Exposición General*. Barcelona: Bosch, p. 317.

[1443] Camus (1942). *Curso de Derecho Romano. Derecho de Obligaciones.* La Habana: Edit. Univ. de La Habana, p. 156. Por su parte Sohm sostiene que en el Derecho Romano existían dos tipos de contratos reales: los contratos nominados, que tenían un nombre específico y eran bien definidos, y los contratos innominados, que no poseían un nombre específico y se caracterizaban por su naturaleza más flexible y menos definida. Esta distinción refleja la variedad y adaptabilidad de los contratos en el contexto del Derecho Romano. (Sohm, R. (1898). *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano.* Madrid: La España Moderna, p. 505).

[1444] En este sentido Castro y Bravo señala: "Los pactos innominados requieren una causa que los vista; así la cosa ya dada o lo ya hecho será *causa eficiente* para lo que se dé o para lo que se haga (no las mutuas promesas, ni las promesas de donar)." (Castro Y Bravo, F. (1985). *EI Negocio Jurídico.* Madrid: Editorial Civitas, p. 170).

De modo que esta *res* o *causa data*[1445] es un elemento de formación del contrato[1446] innominado[1447]. De la misma forma, a la voz causa empleada por el *Digesto* no puede atribuírsele ninguno de los sentidos que utiliza la doctrina moderna al estudiar la causa en sentido técnico jurídico, ya que con ese vocablo aludían los romanos a la voluntad de la ley[1448], por lo que mal haríamos si pensamos que la *causa* referida por el Digesto es algo diferente a la voluntad misma de la ley que otorga acción judicial a los contratos, en este caso a los innominados.

En la Edad Media, podemos apreciar cómo la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*[1449] a los contratos sinalagmáticos, hacía correlativas a las obligaciones, constituyendo el fundamento sobre el cual Domat basaría su teoría, con lo cual la *exceptio* no sería consecuencia de la teoría de la causa, sino la causa *errada* una consecuencia de la *exceptio*[1450]. Asimismo, el principio de interdependencia de las obligaciones, soporte de esta teoría, descansa sobre la fórmula acuñada en el siglo XIII: "*Non servanti fidem, non est fidem Servando",* mediante el cual no hay por qué mantener la propia palabra con respecto a la persona que no mantiene la suya.

En este contexto, Domat[1451] y Pothier, auténticos hijos del iusnaturalismo, se presentan abanderando el principio fundamental de libertad del hombre[1452] como centro de la sociedad y del

---

[1445] En contraste, la tesis de Morales Hervias sostiene que los contratos romanos no son simplemente convenciones más causa. Morales argumenta que, bajo una expresión no romana, 'causa civilis', los contratos romanos requerían formas especiales, como la *stipulatio* verbal solemne o la escritura bajo ciertas condiciones, o una *datio rei*, es decir, la entrega de un objeto. Esta perspectiva implica que los contratos romanos iban más allá de las convenciones y la causa, incorporando elementos formales específicos para su validez. (Morales Hervias, R. (2004). La Causa del Contrato en la Dogmática Jurídica, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. *Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*, edit. Grijley, Lima, Perú, pp. 302-308).

[1446] Cfr. Gorla, G. (1959). *El Contrato. T. I*, *Exposición General*. Barcelona: Bosch, p. 32; Bonfante, P. (1951). *Instituciones de Derecho Romano.* Madrid: Reus, p. 408).

[1447] *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias (*Doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas). En este contexto, la palabra "causa" parece ser sinónima de "res". (Pescio, V. (1958). *Manual de Derecho Civil.* Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba. T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 129).

[1448] Muñoz, L. (1960). *Derecho Comercial. Contratos.* Buenos Aires: TEA, p. 162.

[1449] *La exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido) que autoriza a una de las partes a no ejecutar su prestación mientras la otra no cumpla la suya, por ausencia o falta de causa genética; y *la acción resolutoria tácita*, por la cual si una de las partes no ha cumplido su obligación, la otra puede pedir la resolución del contrato, porque su obligación carece de causa, cual es, la ejecución de la obligación de la contraparte. (Somarriva Undurraga, M. y Alessanori Rodriguez, A. (1961). *Curso de Derecho Civil*, basado en sus explicaciones, redactado por Antonio Vodanovic. T. I, Vol. I, 3ª edic. Santiago de Chile: Edit. Nascimento, p. 397).

[1450] Parodi, D. (1955). La Causa de los Actos Jurídicos. *ENCICLOPEDIA JURÍDICA "OMEBA*", T. II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, p. 892.

[1451] Acerca de Juan Domat (1625-1695), vemos que vivió durante la era de Luis XIV, época en que se destacó un clima de libertad como base de la voluntad jurídica. Esta perspectiva enfatizaba el valor de la lealtad a las promesas aceptadas, liberándose de fundamentos religiosos para apoyarse en un humanismo, posiblemente más secular, con un marcado énfasis en el individualismo. Este enfoque representaba un avance hacia un entendimiento más humano y laicizado del derecho y la ética contractual. (Cfr. Lavalle Zago, E. (1991). *Contratos.* Lima: Ediciones Jurídicas, p. 144).

[1452] Domat es en Francia el más ilustre representante de la escuela del Derecho Natural y de Gentes. Domat, según Planiol, provoca un cambio subversivo en la doctrina civil y para Capitant, es uno de los más ilustres representantes de la escuela del Derecho Natural o del Derecho de Gentes; racionalista hasta el punto de haber sido llamado el restaurador de la razón en la jurisprudencia. (Diez Picazo, L. (1983). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (*Vol. I). Madrid: Tecnos, pp. 161 y ss.).

ordenamiento jurídico[1453]. Lo que tratan estos autores clásicos de encontrar es el fundamento de las obligaciones, es decir una causa fin[1454] jurídica[1455], en contraste con la causa genética, filosófica o material[1456].

Domat escribió "Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel" en 1777, que se traduce como "El Derecho Civil en su Orden Natural, el Derecho Público y la Selección de Leyes", en la cual manifiesta que la obligación de cada una de las partes es el *fundamento* de la obligación de la

[1453] Taboada Cordoba, L. **(**1995b). La Teoría General del Acto Jurídico y el Concepto del Negocio Jurídico. *Revista Temas de Derecho*, Nº 2, Universidad de San Martín de Porres, Lima, p. 21.

[1454] Taboada comenta que estos autores tratan de buscar "el motivo abstracto, completamente *desligado de la personalidad de la parte contratante* que va a contraer una obligación como consecuencia de la celebración del contrato. No se trata pues de un motivo concreto o variable de sujeto a sujeto, sino del motivo jurídico que se extrae abstractamente de la naturaleza del contrato." (Taboada Cordoba, L. **(**1996). *La Causa del Negocio Jurídico*, Grijley, Lima, p. 111).

[1455] Kelsen, en su teoría pura del Derecho, establece una clara distinción entre la causalidad natural y la imputación normativa. Mientras la causalidad natural pertenece al dominio de la necesidad y determina cómo suceden las cosas en realidad, la imputación normativa se enfoca en cómo deberían ocurrir las cosas según las prescripciones de la ley.
Kelsen explica que las conductas humanas, aunque determinadas por leyes causales en la naturaleza, pueden ser interpretadas a través de normas sociales como el derecho, la moral o la religión. Incluso en el contexto de un crimen, donde la acción puede ser determinada causalmente, el derecho impone una pena, reconociendo así la libertad humana dentro de un marco normativo.Este enfoque de Kelsen subraya que la causalidad física y la libertad humana no son incompatibles en el ámbito del derecho. La conducta humana, regida por la causalidad en el orden natural, puede ser objeto de imputación en el orden social. Así, el derecho no sólo capta la conducta humana para imputarle consecuencias, sino que también tiene en cuenta las causas anteriores que inducen a dicha conducta. Esto muestra cómo el principio de imputación normativa presupone el determinismo de las leyes causales, integrando así la libertad con la causalidad. (Kelsen, H. (2018) *Teoría Pura del Derecho.* Arequipa: Edijsur. Pp. 16 y ss.)

[1456] La causa natural es vista como aquello por lo que algo se ha hecho, siendo el origen de una cosa, el principio de una cadena de acontecimientos, la fuente o la génesis de donde surge algo. La causalidad natural se entiende como la relación necesaria entre causa y efecto, donde el efecto es siempre producido por la causa, siguiendo una ley física. En el ámbito jurídico, la mayoría de los tratadistas hablan de la causa genética, donde una causa es a su vez efecto de una causa predecesora y causa de un efecto subsiguiente. Esta relación causa-efecto es fundamental en la explicación de eventos tanto en la naturaleza como en la historia. (Cfr. Castro Y Bravo, F. (1985). *EI Negocio Jurídico.* Madrid: Editorial Civitas, p. 169. También Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* T. II, 14ª edic. Bs. As.: Edit. Heliasta, p. 109; Pérez Caballero, A. (1987). *Diccionario Jurídico Peruano.* Lima: Centro de Documentación Andina, p. 57). La causalidad física tiene relevancia no sólo en la ciencia y la historia, sino también en filosofías ancestrales como la hindú, donde conceptos como el Karma enfatizan la idea de que toda acción tiene una reacción. Por otra parte, la casualidad es vista como la ignorancia de la causalidad, sugiriendo que todo evento tiene una causa. Este principio de causalidad, que sostiene que nada procede de sí mismo sino de una modificación anterior, es fundamental en la comprensión del universo y los eventos históricos y humanos. Sin embargo, esta ley no es una restricción absoluta, ya que existe la posibilidad de que entre la causa y el efecto haya incertidumbre o libertad, lo que se ejemplifica en casos donde la determinación humana puede alterar los resultados esperados de ciertas causas.

otra[1457]. Muchos autores han criticado esta noción de causa como circular[1458], tanto en los contratos sinalagmáticos[1459], como en los reales y las liberalidades[1460].

Por su parte, Pothier (1993) escribe *Traité des Obligacións"* ("Tratado de las Obligaciones", 1761), en la que recoge e interpreta las ideas de Domat, y sustenta que toda obligación *(engagement)* debe tener una causa honesta[1461]. Pothier habla de causa de la obligación como la razón por la que una persona se obliga a hacer o no hacer algo (en los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada parte es la obligación correlativa de la otra), mientras que la causa del contrato es el motivo por el que las partes celebran un contrato (en los contratos sinalagmáticos, la causa del contrato es la reciprocidad de las prestaciones. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, la causa del contrato es la voluntad de las partes de intercambiar la cosa vendida por el precio), así en su obra manifiesta:

[1457] Domat establece que, en la mayoría de los casos, el compromiso de una parte es la base para el compromiso de la otra. En los casos en que parece que sólo una parte está obligada, la obligación es precedida por la entrega de algo por parte de la otra. En el caso de las donaciones, el motivo del donante sustituye a la causa. Esto implica que en las transacciones bilaterales, cada parte tiene un compromiso recíproco, mientras que en las unilaterales, aunque sólo una parte parece estar obligada, existe un antecedente, como una entrega, que justifica esta obligación. En las donaciones, el elemento de "causa" no se encuentra en una reciprocidad de obligación, sino en la intención o motivo del donante. (Domat, J. (1850). *The Civil Law in Its Natural Oder*. Boston: Charles Little y James Brown, pp. 160-162).

[1458] Estamos ante el juego de las contraprestaciones, un balance de prestaciones que se sirven mutuamente de causa: "consecuentemente, lo que es causa de la obligación de una de las partes, es objeto de la obligación de la otra. De ello resulta que si en un contrato sinalagmático, una de las obligaciones es nula por falta de objeto, la obligación correlativa es nula por falta de causa". (Gaudemet, E. (1984). *Teoría General de las Obligaciones.* México: Porrúa, p. 130).

[1459] Marty, sin adentrarse en consideraciones anticausalistas, introduce una noción interesante dentro de los marcos establecidos por la teoría clásica. Observa que la obligación de cada parte en un contrato tiene por causa el objeto de la obligación de la otra parte. Por ejemplo, en un contrato de venta, la obligación del vendedor tiene como causa el precio que debe pagar el comprador, y la obligación del comprador tiene como causa la cosa que debe entregar el vendedor. Esta perspectiva destaca la naturaleza recíproca de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos, donde cada parte está obligada a realizar una prestación que es a la vez la causa de la obligación de la otra parte. (Marty (1952). *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, Vol. I*. Puebla-México: Cajica, p. 89).

[1460] Gorla nos trae algunos alcances: "Domat parece olvidar que en sus tiempos la donación es todavía un contrato real y formal; parece olvidar el problema de la *donation avec charges* y el de la promesa por una *causa praeterita,* para las que, en defecto de una *cause suffisante,* se requiere el documento notarial. Tampoco nos dice Domat en qué consiste el '*motif raisonnable et juste'* que 'hace las veces de causa' en los *otros* contratos en los que falta el elemento de la *res* o del 'contracrédito'. Habla del '*simple placer de hacer el bien';* pero, probablemente, con ello quiere referirse a las donaciones, en las que el requisito de forma o el elemento real tienen todavía mucha importancia, y no a los 'otros contratos' (que no sean de *dar)* en los que faltan los elementos de la forma, de la *res* o del contracrédito...

En cualquier caso, el concebir el espíritu de liberalidad o de beneficencia como 'causa' que justifica el reconocimiento jurídico de ciertos contratos a título gratuito, concepción que no es exclusiva de Domat, deriva probablemente de uno de los muchos equívocos originados por el ambiguo significado del término 'causa' en los textos romanos, en los que también al referirse al espíritu de liberalidad se usa dicho término en el sentido de finalidad o móvil.

En cuanto a esos '*otros* contratos' Domat no nos dice, por ejemplo, en qué condiciones serían válidas una *promesa* de comodato y una *promesa* de mutuo sin intereses, es decir, *promesas* no acompañadas de la entrega de una cosa. ¿Se requerirá en estos casos un *motif raisonnable* que, por su carácter *objetivo* o según la *apreciación* común de lo que es razonable, revele la voluntad de obligarse jurídicamente? ¿Se requerirá, además, que este *motif* sea *juste,* es decir, que según la común apreciación justifique la condena del promitente?

Por lo demás, esos 'otros contratos' de que habla Domat y en las que no se dan los elementos de la forma, de la *res* o del contracrédito, no son necesariamente contratos a título gratuito o no interesados pensemos, por ejemplo, en las promesas unilaterales de venta y en otras promesas *interesadas". (Gorla, G. (1959). El Contrato. T. I, Exposición General. Barcelona: Bosch,* pp. 79-80).

[1461] Pothier, R. J. (1993). *Tratado de las Obligaciones.* Buenos Aires: Heliasta, p. 12.

> Todo compromiso ha de tener una causa honesta. En los contratos *interesados,* la causa del compromiso que contrata una de las partes, está en lo que la otra parte le dé, o se comprometa a darle, o en el riesgo de que se encargue. En los contratos de *beneficencia,* la liberalidad que una de las partes quiere ejercer para con la otra es una causa suficiente del compromiso a que se compromete para con ella. (pp. 32-33).

Entonces, la plasmación legal de estas teorías la vemos en el Código Civil de Napoleón de 1804, cuyos numerales referentes a la causa-fin dicen:

> **Artículo 1108**:[1462] Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:
> 1. Consentimiento.
> 2. Capacidad para obligarse.
> 3. Objeto cierto que constituye la materia de la obligación.
> 4. Causa lícita de la obligación.
>
> **Artículo 1131**:[1463] La obligación sin causa o con causa falsa o ilícita, no puede surtir efecto alguno.
> **Artículo 1132**: La obligación no será menos válida cuando su causa no se exprese.
> **Artículo 1133**: La causa es ilícita cuando lo prohíbe la ley, o cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Esta normatividad sugiere que no hay una definición clara y precisa de lo que se entiende o debe entenderse por "causa" en el contexto legal clásico[1464], dejando la interpretación y el desarrollo de este concepto a la doctrina y la jurisprudencia.

Por otro lado, se evidencia una clara confusión entre la causa del contrato y la causa de la obligación, ya que la causa se muestra como un requisito de validez de los acuerdos, manifestándose en una "causa ilícita de la obligación". La causa no es del contrato sino de la obligación, pero como contrato y obligación son dos conceptos que no aparecen claros, la causa aparece insaculada en el contrato y por ende en la teoría del mismo; es más el Código Francés alude como requisito de las convenciones a la causa de las obligaciones[1465].

[1462] Artículo 1108: Quatre conditions sont essentielles pour la validite d' une convention: Le consentement de la partie quis s'obligue; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matiére de l'engagement: une cause licite dans l'obligalion".

[1463] Artículo 1131: L'obligation sans cause, ou sus une fausse cause, ou sus une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

[1464] Bueres argumenta que no hay un concepto único de causa en el derecho contractual, sino tres conceptos totalmente diferentes. Según Bueres, esta diversidad se encuentra en los contratos sinalagmáticos, en los contratos reales y en los contratos gratuitos. Critica la teoría de Domat, considerándola asistemática debido a esta variedad de interpretaciones de la causa en diferentes tipos de contratos. (Bueres, A. (1995). *La Causa Final en el Acto Jurídico.* En "Diez Años del Código Civil Peruano. Balances y Perspectivas." T. I, Universidad de Lima, pp. 301-302).

[1465] En la Exposición de Motivos del Código Francés de 1804 se lee: "Bigot de Préameneu, en la reunión del 7 pluvioso del año 12, manifiesta que "no hay obligación sin causa[1465]; ella se funda en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de alguna de ellas; porque no se haya expresado la causa no debemos creer que la obligación carece de ella; así, cuando por un billete declara

Asimismo, la causa se encuentra en relación inmediata y directa con la obligación, constituyendo su causa próxima: la obligación de una parte es considerada como la causa de la obligación de la otra[1466].

De esta suerte, lo que la teoría clásica de la causa trata de hacer es encontrar una causa objetiva[1467], que se diferencie de los motivos personales[1468] que pueden ser miles y múltiples[1469], y por ello irrelevantes para su propósito[1470].

Ahora bien, la perspectiva anticausalista sostiene que la causa clásica en el derecho contractual se confunde o identifica con el objeto de los negocios onerosos o con la intención

que una persona debe, reconoce por ello una causa legítima de deuda aunque esto no se enuncie. Mas la causa que el acto expresa o hace presunción, puede no existir o ser falsa; y si este hecho se probare por los medios que la ley autoriza, no permite la equidad que la obligación subsista. Debe ser proscripta la obligación contraída contra la prohibición de la ley o que sea opuesta a las buenas costumbres o al orden público." (Parodi, D. (1955). La Causa de los Actos Jurídicos. *ENCICLOPEDIA JURÍDICA "OMEBA*", T. II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, p. 882). De igual forma, Dabin manifiesta con respecto a este tema: "No hay - dice Bigot de Préameneu en la *Exposición de motivos*- obligación sin causa, encontrándose ésta, bien en el interés recíproco de las partes, bien en la liberalidad de una de ellas". (Dabin, J. (1929). *La Teoría de la Causa.* Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 57).

[1466] Josserand, L. (1950). Derecho Civil, T. II, Vol. I. *Teoría General de las Obligaciones.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Compañía Editores, p. 96).

[1467] Bonnecase propone analizar el fin directo e inmediato en cada tipo de contrato. En los contratos sinalagmáticos, la obligación de cada parte es causada por la obligación de la otra. Por ejemplo, en una venta, el vendedor se obliga a entregar el objeto para obtener a cambio el pago del precio por parte del comprador. Recíprocamente, el comprador se obliga a pagar el precio para obtener la entrega del objeto y, bajo principios modernos, la adquisición inmediata de su propiedad. Según Bonnecase, este análisis se aplica a todos los contratos sinalagmáticos, revelando que la causa de la obligación de una parte siempre es la obligación o promesa de la otra. (Bonnecase, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil.* (T. II). Puebla-México: Edit. Cajica, pp. 247-248).

[1468] La causa impulsiva o remota, referente a los motivos personales y específicos de las partes al contratar, varía ilimitadamente según individuos y circunstancias, y no es parte integral del contrato. Estos motivos son razones individuales y contingentes, representando el móvil personal de cada persona. Aunque son factores extrínsecos al contrato, pueden influir en la decisión de contratar, pero no determinan su validez o contenido, siendo diferentes incluso en contratos del mismo tipo. (Cfr. Arteaga, J.M. y Arteaga Carvajal, J. (1979). *Curso de Obligaciones.* Bogotá: Edit. Temis, p. 32). En el mismo sentido, Alessandri Rodríguez piensa que el motivo en un contrato se refiere a la causa impulsiva o razón remota, que es personal y usualmente desconocida por la otra parte. Representa la razón íntima o psicológica que lleva a alguien a realizar un acto jurídico, como vender algo por necesidad de dinero. Esta causa varía en cada contrato y es diferente para cada contratante, determinando su decisión de obligarse. Es una razón subjetiva y personal que, aunque influye en la decisión de contratar, no es visible ni siempre compartida con la otra parte. (

[1469] La concepción clásica, en aras de la seguridad de los contratos, impide al juez verificar la licitud y la moralidad de los motivos. Esta postura es respaldada por juristas, fisiócratas y liberales interesados en el desarrollo del comercio. Según esta visión, el juez no debe preocuparse por los simples motivos, que varían según la personalidad y situación de los contratantes. Esta omisión de la motivación personal se justifica por las demandas de la realidad, que priorizan la agilidad en la estructura económica. (Mazeaud, H., L. y J. (1960). *Lecciones de Derecho Civil. Parte 2ª, Vol., I*. Buenos Aires: Ejea, p. 295).

[1470] La preocupación de la teoría clásica es delimitar claramente el ámbito de la causa jurídica, final o fin, del terreno de la causa impulsiva, móvil o motivo, que carece de relevancia para el derecho (salvo que se incorpore al contrato como condición, según cierta perspectiva doctrinal). La técnica jurídica enfoca su atención en las causas jurídicas y descarta conscientemente los motivos (*causa causarum*). (Marín Pérez, P. (1983). *Derecho Civil*, Vol. II. Madrid: Tecnos, pp. 176 y ss).

altruista en los actos gratuitos[1471]. Entre los causalistas tenemos a Ernst[1472] y Dabin entre otros. Ernst argumentó que, si la causa en los contratos onerosos es lo que cada parte debe a la otra, entonces se confunde con el objeto del contrato. Por lo tanto, consideró inútil diferenciar entre causa y objeto como dos elementos separados, ya que, en su opinión, eran esencialmente lo mismo[1473].

Una de las críticas[1474] a la teoría de la causa es que a menudo se confunde con el consentimiento[1475]. Aunque la teoría de Pothier puede parecer más lógica que la de Domat[1476], al

[1471] Por su parte Mouton expresa: "No existiendo para el derecho científico más que dos requisitos esenciales que unidos producen la validez del contrato, el **consentimiento y el objeto**, *no* era *preciso que el Código Civil hubiera incluido la causa de la obligación entre ellos* cuando pudo refundirla muy bien en el consentimiento, como hizo con perfecto acuerdo con la capacidad de los contratantes, que el proyecto de 1851 también reputaba circunstancia principal. Para nosotros la expresión de la causa no es de indispensable necesidad en las obligaciones contractuales, desde el momento que no reputamos ésta, requisito esencial de los contratos, por considerarla incluida en el consentimiento." (Mouton y Ocampo, L. (1910). *Causa. Enciclopedia Jurídica Española* (T.V.) Barcelona: Seix, p. 399). En el mismo sentido, Albaladejo decía: "En efecto, es innegable que, al poder atacarse la atribución por razón de su causa, es, por lo menos, normal que también pueda atacarse el negocio atributivo, por defecto de alguno de sus elementos. Pero aun admitiendo la afirmación de que siempre que hay invalidez basada en la causa, la hay también por alguna otra razón, debe aceptarse que ello facilita la invalidación del negocio (y de la atribución) dando más caminos para alcanzarla." (Albaladejo, M. (1958). *El Negocio Jurídico.* Barcelona: Bosch, p. 206).

[1472] Antoine-Nicolas-Joseph Ernst, nacido en Aubel como su hermano Jean-Gérard-Joseph, se graduó en Derecho en Bruselas en 1816. Nombrado profesor extraordinario en la facultad de Derecho de la Universidad de Lieja, en Bruselas fue ascendido en 1827. Se concentró inicialmente en la enseñanza, renovando métodos en cursos de derecho comercial, civil y romano. Fue rector de la Universidad (1831-1832) y luego entró en política durante la crisis del Tratado de los 24 artículos. Como liberal en la Cámara y Ministro de Justicia, enfrentó desafíos políticos y legales, incluyendo la reimplantación de la pena de muerte y debates sobre la educación y la Société générale. Retirándose de la política, regresó a la enseñanza en Louvain en 1839, pero falleció prematuramente en Alemania dos años después. (Cr. Antoine-Nicolas-Joseph Ernst. En Universidad de Liege website, consulta 10 de setiembre de 2023, rescatado de https://www.uliege.be/cms/c_10403602/fr/antoine-nicolas-joseph-ernst).

[1473] Taboada realiza una crítica de Ernst al manifestar que éste confunde la causa con la prestación: "Pero en vista de que para los autores causalistas, o sea todos aquellos que consideran que la causa como es concebida por la teoría clásica es efectivamente un elemento de los contratos con existencia independiente de todos los demás, la causa de la obligación de cada una de las partes en los contratos sinalagmáticos se encuentra en la obligación asumida por la contraparte; dichos autores han podido rechazar fácilmente el argumento de Ernst que analiza, puesto que, siendo las obligaciones recíprocas y no las prestaciones las que se sirven mutuamente de causa, carece de sentido afirmar que la causa de obligación se confunde con el objeto del contrato que consiste, según Ernst, en las prestaciones debidas." (Taboada Córdoba, L. (1996). *La Causa del Negocio Jurídico*, Grijley, Lima, p. 140). Sin embargo, del análisis de la teoría del objeto, es necesario tener una consideración amplia del objeto del acto o negocio jurídico, es decir, entender el objeto en su ancha significación o como lo dice Giorgi "en su más general acepción, abrazando todo el *contenido del contrato;* es decir, no sólo la prestación considerada materialmente, sino también los límites y el objeto que lo acompañan, lo mismo que sus modificaciones accidentales. Tomando el *objeto* en este sentido lato es imposible que en la teoría del objeto no esté absorbida también la de la causa." (Giorgi, J. (1929). *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Fuentes de las Obligaciones. Contratos, Vol. IV.* Madrid: Edit. Reus, p. 467.)

[1474] Dabín sostiene que en un contrato, lo que constituye el interés de una parte también representa el interés de la otra. (Dabin, J. (1929). *La Teoría de la Causa.* Madrid: Revista de Derecho Privado, pp. 57-60).

[1475] Giorgi analiza la noción de causa en contratos onerosos o gratuitos, sugiriendo que ésta se remite a la teoría del consentimiento. Esto significa que, en los contratos interesados, como el mutuo u obligaciones análogas que consisten en una restitución o correspondencia de una prestación recibida, la teoría de la causa se confunde con la teoría del consentimiento. En esencia, Giorgi plantea que, en estos casos, la causa del contrato y el consentimiento de las partes están intrínsecamente vinculados y a menudo se consideran como un solo concepto. (Giorgi, J. (1929). *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Fuentes de las Obligaciones. Contratos, Vol. IV.* Madrid: Edit. Reus, p. 470).

[1476] Diez Picazo, L. (1983). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (*Vol. I) Madrid: Tecnos, p. 164.

final, ambas teorías resultan ser redundantes[1477]. En las obligaciones onerosas o sinalagmáticas, la causa se confunde con el objeto, mientras que en las obligaciones reales se confunde con la causa genética o el objeto. En el caso de las donaciones[1478], se confunde con el *animus donandi*[1479], es decir, con la misma liberalidad[1480] o consentimiento[1481]. Así lo expresa Josserand (1950): "En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere ejercer respecto a la otra es causa suficiente del compromiso que contrae con ella" (p. 95)[1482].

Ante las falencias de la teoría clásica, y en vista del avance del anti-causalismo, nace otra corriente llamada del neocausalismo, donde se intenta subjetivizar la causa clásica, siendo Josserand (1950) uno de sus defensores[1483] manifestando lo siguiente:

> Hay que ser, pues, *causalista:* la causa, en el sentido clásico de la palabra, es un concepto indispensable... A la noción clásica de la causa no se le puede reprochar que exista, sino

[1477] La clasificación de Domat, basada en la "tríada contractual" de contratos sinalagmáticos, reales y gratuitos, es reemplazada por una distinción más simplificada entre contratos onerosos y gratuitos. Esto implica que los contratos reales desaparecen como categoría propia y su causa se determina según sean onerosos o gratuitos.
Por otro lado, la clasificación de Pothier, aunque parece más lógica que la de Domat, adolece de problemas similares inherentes al enfoque clásico. Estos problemas incluyen un sistema clasificatorio rígido, falta de flexibilidad, una comprensión de la causa basada en una perspectiva legal y estereotipada, y una abstracción que permea el fenómeno causal, buscando reglas únicas aplicables a todas las situaciones. En resumen, aunque la clasificación de Pothier puede parecer más razonable en un principio, todavía se ve afectada por las limitaciones y rigideces de la concepción clásica del derecho contractual.

[1478] Bonnecase explica que, en los contratos gratuitos, la intención de realizar una liberalidad o prestar un servicio es lo que constituye la causa de la transacción. En casos como la donación, el mandato, la fianza o la promesa de préstamo, la causa no se basa en una expectativa de recibir algo a cambio, como en los contratos onerosos, sino en la voluntad de beneficiar a otra parte sin esperar una compensación. Esta intención de beneficencia o servicio es lo que fundamenta y legitima la obligación en los contratos gratuitos, diferenciándolos de los contratos donde la reciprocidad o el intercambio de beneficios es esencial. (Bonnecase, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil.* (T. II). Puebla-México: Edit. Cajica, pp. 247-248).

[1479] Dabin considera que ni Domat ni Pothier vieron en la causa un mero móvil, incluso en el caso de las liberalidades. Para ellos, el 'motivo que debe hacer las veces de causa' en las liberalidades no es un móvil personal, como el agradecimiento, sino que siempre se trata de un servicio prestado con antelación, que puede considerarse como la contraprestación de la liberalidad. Según esta perspectiva, la intención de realizar una liberalidad, aunque sea 'suficiente para fundamentar la obligación', sirve en realidad para encubrir la ausencia de una causa real en este tipo de transacciones. En esencia, Dabin critica la interpretación de que la mera intención de liberalidad pueda justificar una obligación contractual, sugiriendo que esto oculta la necesidad de una causa más sustancial o tangible. (Dabin, J. (1929). *La Teoría de la Causa.* Madrid: Revista de Derecho Privado, pp. 72-73).

[1480] Bonnecase, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil.* (T. II). Puebla-México: Edit. Cajica, pp. 247-248.

[1481] Ripert manifestaba que "La teoría clásica quiere *ignorar la voluntad real* en la hipótesis misma en que parece necesario hacer su análisis: debe respetarse el secreto del fuero interno." (Cfr. Ripert, G. y Boulanger, J. (1956). *Tratado de Derecho Civil. Las Obligaciones, T. IV*. Buenos Aires: La Ley, p. 187).

[1482] En similar sentido Cifuentes señala: "Esta concepción omnicomprensiva, cerrada y suficiente en sí misma, que trabajó postulados de la pura razón abstracta, apartó de sus lineamientos a los fines individuales y concretos que pudieran, caso por caso, llevar a las partes a celebrar el acuerdo de voluntades." (Cifuentes, S. (1986). *Negocio Jurídico.* Bs. As.: Astrea, pp. 185-186).

[1483] Josserand interpreta la concepción clásica de la causa de forma subjetiva, viéndola como un móvil inmediato y específico para cada tipo de contrato. En su análisis, manifestó: "Los móviles individuales, los motivos, se consideran, por lo menos en doctrina, como desprovistos de valor jurídico; resulta de esto, por lo que respecta a quienes mantienen la teoría de la causa en sus límites históricos que las operaciones, aun las más inmorales, deben surtir sus efectos. Que, por ejemplo, toda liberalidad es válida sea cual fuere el pensamiento que la inspiró y la finalidad perseguida por el donador; que todo préstamo de dinero es irreprochable, sin atender al destino de la suma prestada, porque el espíritu de beneficencia en el primer caso, y la entrega del dinero en el segundo, cubren e inmunizan todas las combinaciones, sin que el juez tenga por qué preocuparse de las razones que hayan podido presidir a su tramitación y realización: el acto es causado, en el sentido clásico de la palabra; poco importan los móviles individuales, ajenos al contrato." (Josserand, L. (1950). Derecho Civil, T. II, Vol. I. *Teoría General de las Obligaciones.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Compañía Editores, pp. 94 y ss.).

> más bien que exista insuficientemente; no es cosa, pues, de eliminarla de nuestras leyes, sino de asegurarle, por el contrario, un más vasto campo de aplicación. (p. 106)

Sin embargo, será el propio Josserand (1950) quien trate de remozar el causalismo clásico:

> La concepción clásica de la causa es excesivamente estrecha; entre los móviles a que las partes obedecieron, sólo tiene en cuenta una cierta categoría, los que corresponden, en el pensamiento de dichas partes, a la finalidad inmediata de su compromiso, dejando así fuera de su acción toda una pléyade de móviles, los más variados, los más interesantes, los más vitales; a saber, los móviles concretos, los móviles individuales, que se califican ordinariamente de motivos. (pp. 106-107).

De esta manera, Josserand (1950), sin abrogar la teoría clásica, intenta darle un hálito de alivio tratando de introducir un elemento de la causa móvil o impulsiva en el análisis del juez:

> En cambio, desde la perspectiva de la jurisprudencia, la causa móvil asume una contextura particular, a juicio de Josserand: "Contra esta conclusión ha reaccionado nuestra jurisprudencia, y ha reaccionado más vigorosamente por medio de una teoría que ha llegado a hacerse famosa: la de la causa impulsiva y determinante. Para ella, los móviles individuales, exteriores al acto, han de tomarse en consideración y deciden de la validez o de la nulidad de dicho acto, porque lo han determinado, porque han dado a la voluntad de su autor el impulso de donde ha surgido; corresponde al juez apreciar su mérito, y si le parecen ilícitos, el contrato será declarado nulo, por más que queden plenamente satisfechas las exigencias de la teoría clásica de la causa. (p. 107)

Por otra parte, dentro de la corriente neocausalista, la contribución innovadora de Capitant (1941) se centra en ampliar el concepto de causa, extendiéndolo más allá de las obligaciones para abarcar los actos jurídicos en general. Esta perspectiva representó un cambio significativo en el entendimiento legal de la época, pues anteriormente, la causa se consideraba relevante únicamente en el contexto de las obligaciones contractuales. Capitant (1941) sintetiza su teoría de la siguiente forma:

> Lo que determina a una persona a vender aquello que le pertenece, no es exclusivamente la promesa del comprador de pagar el precio convenido, sino que es también la voluntad de tener a su disposición aquella cantidad. El comprador, por su parte, si consiente en pagar el precio, es para adquirir la propiedad útil y pacífica de la cosa vendida.
>
> Por lo tanto, en un contrato sinalagmático, la causa que determina a obligarse a cada una de las partes, es esa voluntad de obtener la ejecución de la prestación que le haya sido prometida a cambio de la suya. (Colin y Capitant, 1941, ps. 656-657).

De esta manera, Capitant extiende el concepto de la causa clásica más allá del momento inicial de la formación de la operación contractual, cosa que no dijeron ni Domat ni Pothier ni el mismo Código de Napoleón. Otra parte, en lo que respecta a las liberalidades, Capitant, junto a Colin (1941) manifiestan:

> En este punto creemos deber inclinarnos a adoptar las ideas de la jurisprudencia y separarnos de las que defienden los autores causalistas. En la donación, dicen estos últimos, la causa es la *intención liberal,* el *animus donandi,* la idea de beneficencia que anima a todo donante. Hay aquí una manera de ver en nuestra opinión completamente inexacta; es una tautología, pues se reduce a decir que el donante dona porque quiere donar, lo que no explica nada. La verdad es que, para conocer la causa de una donación, es preciso preguntarse *por qué* el donante la hace. Ahora bien, la respuesta debe buscarse necesariamente en el espíritu del donante; conviene, por lo tanto, descubrir cuál es el móvil determinante que le impulsa a hacer la liberalidad. La causa se confunde aquí, necesariamente, con el motivo. (p. 663).

Esto es en resumidas cuentas las posturas anticausalistas, las mismas que no estuvieron desprovistas de críticas[1484].

[1484] Frente a estas posturas, Dabin (1929) manifestó al respecto:

> Toda la teoría causalista -y hablamos de la que reduce la causa a la idea de fin, puesto que existe otra que la reduce a la de objeto- descansa en la inexacta hipótesis de hecho y de derecho de que 'el acto volitivo se compone de dos elementos: primeramente, el consentimiento constituido por el hecho de prometer o de obligarse y, después, la consideración del fin que se pretende alcanzar con esa promesa'; fin que es de orden económico en los contratos sinalagmáticos y altruista en las liberalidades. Es cierto, que inmediatamente se añade que ambos elementos no pueden desglosarse: 'aislarlos o atenerse exclusivamente a la promesa sin inquietarse del fin que la explica, equivaldría a amputar arbitrariamente el acto volitivo, a deformarlo y desconocer la intención de su autor'. Mas ¿a qué equivale esta concesión, si no es a afirmar que la pretendida distinción entre consentimiento y fin no se justifica en modo alguno y que se plantea exclusivamente para dar cierta aparente consistencia a la teoría de la causa? La verdad es que el que se obliga lo hace siempre o sinalagmáticamente o con una intención de liberalidad. Por lo tanto, no se trata de un 'complemento' (como decía Bufnoir), ni de una modalidad del consentimiento, sino que aquí se le tiene en cuenta a él mismo considerado en su realidad psicológica. Una vez supuesto el consentimiento, la naturaleza del contrato resulta patente y en su consecuencia también la causa -puesto que ésta es inherente a la naturaleza del contrato. Podrá suceder, desde luego, que el consentimiento sea *expresado* abstractamente y que entonces no resulte ostensible la naturaleza del contrato. Mas tal defecto de expresión y de apariencia, únicamente suscitaría una cuestión de prueba (caso resuelto por el art. 1132 del Código Civil); en el fondo, el consentimiento es, por definición, necesariamente causado en todos los casos -salvo en el del loco, puesto que en ese caso particular el consentimiento no existe. (Colin, A. y Capitant, H. (1941). *Curso Elemental de Derecho Civil.* (T. I.) Madrid: Reus, pp. XII-XIII).

Finalmente, en este breve recorrido histórico de la causa, tenemos las posturas italianas de la causa como un factor social o causa función social.

Duguit (2018) manifiesta con respecto a la función social del derecho:

> ¿En qué consiste, pues, esta noción de función social? Se reduce a lo siguiente: el hombre, no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene. Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte, todos los actos que realizase contrarios a la función que le incumbe, serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión aquella que el corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente protegidos y garantizados.
> Y aquí aparece muy claro el fundamento social de la regla de derecho, del derecho objetivo. Es a la vez realista y socialista: realista, porque descansa en el hecho de la función social observado y comprobado directamente; socialista, porque descansa en las condiciones mismas de la vida social. La regla jurídica, que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto y la protección de derechos individuales que no existen, de una manifestación de voluntad individual, que por sí misma no puede producir ningún efecto social. Descansa en el fundamento de la estructura social, la necesidad de mantener coherentes entre si los diferentes elementos sociales por el cumplimiento de la función social que incumbe a cada individuo, a cada, grupo. Y así es como realmente una concepción socialista del Derecho sustituye a la concepción individualista tradicional. (p. 41).

Como podemos apreciar, la teoría de la causa como función económico-social se inspira en una filosofía estatista y socialista, la cual influyó en la legislación del Código Civil Italiano de 1942, con un claro matiz fascista. Esta perspectiva concibe la causa como un medio para controlar la circulación de la riqueza a través de los negocios, considerando al ciudadano como un funcionario del Estado. Esta fórmula, utilizada también en la propiedad y la empresa, buscaba regular tanto el aspecto estático como el productivo de la riqueza[1485].

[1485] En este sentido Ferri expresa: "la fórmula de la función económico social (invocada en la *Relazione* al Código Civil, también en materia de propiedad y de empresa, además de serlo en materia de causa del contrato) era utilizada para controlar los momentos estático y productivo de la riqueza (como lo eran, justamente, la propiedad y la empresa)." (Ferri, G. B. (2001). *El Negocio Jurídico. Teoría General del Negocio Jurídico*. Lima: Ara editores, p. 226).

Por su parte, Messineo (1954) manifiesta que la "causa genérica" en los contratos se comprende como la función económico-social que el contrato cumple y que la ley reconoce al caracterizar cada tipo de contrato. Además, señala que esta causa genérica no impide que las finalidades de los contratantes sean diferentes. Por ejemplo, en una compraventa, el vendedor busca obtener el precio, mientras que el comprador aspira a adquirir la propiedad del bien, aunque ambos deseen que el contrato resulte en la transferencia del dominio a cambio del pago del precio. (pp. 369 y ss.).

De ahí que Messineo (1954) expresa:

> Son enunciados exactísimos, pero no concluyentes, porque, cuando se cree identificar la causa del negocio *en un elemento* del mismo (función económica y social), en realidad se identifica *todo* el negocio tomado en sí, por ejemplo, cuando se dice que el contrato de compraventa ejercita la función de provocar el intercambio económico de una cosa contra un precio, no se necesita mucho esfuerzo para darse cuenta de que, de ese modo, se *da la definición* (aunque sumaria) del típico contenido del contrato de compraventa, *visto en su integridad y* no en un elemento. Causa, en este primer sentido, equivale a *noción* concreta, *funcional* (no meramente estructural), *del contenido* de determinado negocio y, como tal, no puede faltar nunca; si faltase la causa, faltaría el negocio *in toto...* Puesto que esto no agrega nada a lo que ya se ha señalado del concepto de determinado negocio, tal como está dispuesto por el ordenamiento jurídico, el concepto de causa, en este primer sentido, es una superfetación y podría suprimirse sin daño alguno. (p. 370).

Por otro lado, Rubino (1953) manifiesta:

> En esta común concepción se comprende que, en los negocios típicos, la objetivación, dada preventivamente por la ley, de una función práctica en un esquema negocial, hace adquirir a la causa un aspecto eminentemente formal. Si la misma naturaleza económico-social de la relación determina su reconocimiento legislativo y hay que considerarla junto con las figuras contractuales disciplinarias por el Derecho positivo el interés se desvía hacia los requisitos esenciales del negocio, los cuales, al ser impuestos por la ley, asumen un carácter eminentemente jurídico, en que queda absorbido el elemento económico-social. (p. 107).

De otro lado, Betti (2001) también considera la posibilidad de que varios tipos de causas se combinen en un único negocio jurídico:

> Mediante la fusión de las mismas en una causa compleja, que absorbe las causas concurrentes subordinando una a otra (predominante), o sin que medie una fusión, a través de la coligación de dos negocios concurrentes, los cuales permanecerán sujetos a sus respectivas regulaciones, en la medida en que la que éstas sean recíprocamente compatibles y que estén coordinadas entre sí, según el criterio interpretativo de la coherencia hermenéutica. (p. 48).

Betti sostiene que la noción de causa nunca puede ser ilícita en sí misma, ya que representa la estructura típica del contrato y su función económico-social. Sin embargo, los motivos prácticos y subjetivos de las partes, que pueden contravenir el orden público o las buenas costumbres, pueden influir en la legalidad del negocio. Por ello, Betti abre una "ventana" a la fundamentación de la causa, integrando la perspectiva subjetiva para explicar la ilicitud de ciertos negocios, como el fraude creditorio por ejemplo.

En este sentido, Betti (2001) sostiene que la causa en un contrato no puede ser ilícita en un sentido abstracto, ya que es un elemento esencial del contrato. Sin embargo, puede ser ilícita en un contexto específico o concreto, cuando se relaciona con un interés subyacente ilegítimo que motiva la celebración del contrato. En este contexto Betti (2001)considera que la causa no puede ser ilícita si se la reconoce en sentido "abstracto" por cuanto es un elemento indefectible del contrato, pero la causa puede resultar ilícita entendida en el "negocio concreto", "sólo si es considerada en conexión o en concatenación psicológica con el interés subyacente, que determina la celebración de aquél, o sea, con el fin práctico inmediato que las partes persiguen en concreto, un fin que inviste y colorea la causa, y que –cuando es ilícito- adquiere relevancia jurídica, transfiere a ella, y vierte sobre ella, su licitud (arts. 1343-134 C.C.[1486]). La causa no puede devenir ilícita en abstracto, sino solamente 'en su actuación concreta', tal como enseñan la experiencia y la diagnosis más frecuente de los contratos nominados viciados de causa ilícita. En este aspecto, es especialmente instructiva la diagnosis del negocio realizado in *fraudem legis*.".

Finalmente, Scognamiglio (2001) sostiene que la comprensión de la causa como función económico-social no es coherente con la teoría subjetiva del fin práctico o motivo último. Argumenta que tratar los motivos de las partes como fines únicos y constantes para todos los negocios de un mismo tipo resulta en la fusión del aspecto psicológico motivacional con el elemento objetivo de la función del acto, convirtiéndolos en un mismo concepto. Esta perspectiva

[1486] Código Civil italiano [CCI]. 16 de marzo 1942 (Italia). Art. 1343 del C.C. italiano de 1942: "Causa ilícita: la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público a las buenas costumbres".
Art. 1344: "Contrato en fraude a la ley: se reputa ilícita la causa, además, cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa."

desafía las interpretaciones tradicionales sobre la relación entre los motivos subjetivos y la función objetiva de los actos jurídicos[1487]

Por otra parte, la causa entendida en su aspecto objetivo también encuentra objeciones insuperables[1488]. Scognamiglio, en buena medida, concluye que la teoría subjetiva es tan insuficiente que necesita recurrir a la teoría objetiva, y ésta, a su vez, remite parcialmente a la teoría subjetiva, y se muestra, en definitiva, errónea: "ello basta para concluir –adhiriendo a una tesis no privada de defensores- que la concepción misma de la causa como requisito autónomo del negocio es infundada."[1489]

Es decir, no sólo la concepción subjetiva sino también la objetiva resultan ser infundadas. Es por ello que Scognamiglio (2004) sentencia con toda autoridad que "hasta este punto, se ha mostrado que las distintas teorías propuestas respecto de la causa enfrentan insuperables objeciones en el plano dogmático." (p. 313).

Si la causa es la naturaleza misma del negocio, sería redundante e inútil considerarla como un elemento del mismo. De acuerdo con el artículo 1325 del Código Civil, la causa es un componente del contrato[1490]. Sin embargo, si esto es cierto, resulta confuso afirmar que este mismo componente, esa misma causa funcional, pueda ser ilícita, según lo establecido en el artículo 1343 del Código Civil italiano[1491]. Scognamiglio lo explica claramente al proponer el ejemplo de los contratos típicos de compraventa, que entrañan un intercambio de cosa por precio, ya que la ausencia de causa significaría la carencia de precio o la compraventa de un objeto que ya fuese propiedad del comprador. "Bien vistas las cosas, aún en aquellos casos límite, lo que falta es, precisamente, el negocio de compraventa, en su funcionalidad, cuyo espacio no puede ser cubierto por una afirmación incongruente de las partes estipulantes, de haber querido realizar un contrato de dicho tipo." [1492]

[1487] Cfr. Scognamiglio, R. (2001). El Negocio Jurídico: Aspectos Generales. *Teoría General del Negocio Jurídico.* Lima: Ara editors, p. 168.

[1488] Scognamiglio señala, si la causa es la función económico-social reconocida por el ordenamiento jurídico, "no existiría posibilidad, ni tendría ninguna utilidad, identificar en ella un distinto elemento (caracterizado por su esencialidad) del negocio jurídico… No existe razón, ni posibilidad, de concebir la causa como un elemento independiente del negocio, ni de que éste pueda ser afectado de invalidez, por consiguiente, ante la falta o vicio de aquélla" (Scognamiglio, R. (2001). El Negocio Jurídico: Aspectos Generales. *Teoría General del Negocio Jurídico.* Lima: Ara editors, pp. 169-170).

[1489] Scognamiglio, R. (2004). El Negocio Jurídico y la Causa. Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. *Estudios en Memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova.* Perú: Grijley, p. 313.

[1490] Código Civil italiano [CCI]. 16 de marzo 1942 (Italia). Art. 1325: los requisitos del contrato son: 1) El acuerdo de las partes, 2) La causa, 3) El objeto; 4) La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad.

[1491] Código Civil italiano [CCI]. 16 de marzo 1942 (Italia). Art. 1343: la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

[1492] Scognamiglio, R. (2001). El Negocio Jurídico: Aspectos Generales. *Teoría General del Negocio Jurídico.* Lima: Ara editors, p. 170.

Scognamiglio expone hábilmente cómo la concepción objetiva es contradictoria y carente de sentido. El contenido del negocio no puede ser un elemento independiente de éste, ya que es el negocio en sí. Este autor adopta una perspectiva que él califica de realista, sosteniendo que la ausencia de causa equivale a la inexistencia del negocio mismo.

Como vemos, no solamente la doctrina de la causa clásica, o hasta el neocausalismo tienen defectos, deviniendo la causa en un elemento inútil y huero de sentido, sino también la causa en su acepción concomitante con la función económico social o función socialmente relevante o simplemente función social puesto que la causa se confunde con el tipo mismo del cual se pretende despegar.

Por otra parte, con la conclusión de la economía dirigista y el surgimiento de una constitución liberal-democrática, el negocio jurídico se transforma en un instrumento para la realización de intereses privados. Este cambio refleja un desplazamiento del enfoque de los derechos colectivos y estatales hacia la promoción de los intereses individuales, aunque sin dejar de considerar los derechos del consumidor y el rol social del Estado, que bien imbuido de principios de equidad y justicia desde los tiempos del Digesto, pero que de ninguna manera debe sojuzgar la libertad individual ni convertir a la persona en un instrumento del Estado. Ahora, examinemos cómo el tema de la consideración y su relación con la causa clásica se desarrolla.

En cuanto a la consideración, Holmes (1991) relata que en durante el reinado de Elizabeth de Inglaterra (1558-1603) la palabra causa y consideración se referían al quid pro quo, y fue usado en el mismo sentido que el de la *acción de assumpsit*. (p. 286):

> La palabra “causa” se usó para referirse a la contraprestación en los primeros años de Elizabeth, en relación con un convenio para mantenerse en espera de usos. Se usó en el mismo sentido en la acción de incumplimiento de contrato. En el informe citado anteriormente, aunque el caso principal sólo estableció una doctrina que se seguiría hoy en día, también se mencionó un caso anónimo que se interpretó como que una contraprestación ejecutada suministrada a petición, pero sin ninguna promesa de ningún tipo, respaldaría una promesa posterior de pagar por ella. A partir de esta autoridad y de la palabra “causa”, se llegó pronto a la conclusión de que había una gran diferencia entre un contrato y un incumplimiento de contrato; y que, mientras que en el contrato todo lo que es necesario debe concurrir y encontrarse juntos, es decir, la contraprestación de un lado y la venta o la promesa del otro lado... para mantener una acción por incumplimiento de contrato, no es necesario lo mismo, ya que es suficiente si hay una causa o contraprestación móvil o precedente; por la cual se hizo la promesa. (p. 286).

En el caso *Baehr v. Penn-O-Tex Oil Corp*., 258 Minn. 533 (1960), 104 N.W.2d 661, puede dar luces a la definición de la consideración a partir de la teoría clásica del "bargain":[1493] "el test que ha sido desarrollado por el *common law* para determinar la aplicabilidad de promesas es la doctrina de la consideración. Este es el crudo y no siempre exitoso esfuerzo para generalizar las condiciones bajo los cuales las promesas serán legalmente vinculantes. Consideración requiere que una promesa contractual sea el producto de una negociación. Sin embargo, en este uso, negociaciones no significa un intercambio de cosas de equivalente valor. Significa una negociación resultante en la asunción voluntaria de una obligación por una parte bajo la condición de un hecho u omisión de la otra."[1494]

En este caso particularmente la Corte opinó que no existía consideración porque no existía evidencia que sugiera que se produjo un intercambio de promesas o de valores. Este caso trata del cobro de alquileres en el cual el demandado promete el pago del alquiler atrasado a cambio de que el demandante no lo demande. Pero en el caso se determinó que la dilación del demandante en plantear la demanda fue a causa de una dilación de razón personal y no a cambio de la promesa del demandado, por lo que no existió consideración, pese a que aplicó una teoría lata de la consideración.

Por otra parte, para otros autores como Reitz (1998), en el *common law*, la consideración es un elemento harto diferente de la causa en el *civil law*. (p. 621.) Las funciones que la consideración desempeña en el *common law*, pueden muy bien ser desempeñadas por otras instituciones, como el *Promissory Estoppel,* sin que la consideración quede totalmente eliminada como concepto motor de la teoría de los contratos. Y lo mismo podría decirse con respecto a la causa[1495] en el *civil law* con respecto a figuras alternas como el objeto, por ejemplo.

[1493] "La prueba que ha desarrollado el *common law* para determinar la exigibilidad de las promesas es la doctrina de la contraprestación. Este es un intento burdo y no del todo exitoso de generalizar las condiciones bajo las cuales las promesas se harán cumplir legalmente. La consideración requiere que una promesa contractual sea el producto de un trato. Sin embargo, en este uso, "ganga" no significa un intercambio de cosas de valor equivalente o de cualquier valor. Significa una negociación que resulta en la asunción voluntaria de una obligación por una de las partes a condición de un acto u omisión por parte de la otra." *Baehr v. Penn-O-Tex Oil Corp*., 258 Minn. 533 (1960), 104 N.W.2d 661, recuperado de https://casetext.com/case/baehr-v-penn-o-tex-oil-corp.

[1494] Es importante anotar la aclaración que el Juez Loevinger da con respecto a la diferencia entre "consideración" y "causa" en el siguiente sentido: "Aunque la doctrina ha sido criticada, no se ha sugerido ningún sustituto satisfactorio. Es digno de mención que el derecho civil tiene una doctrina correspondiente de 'causa' que, a los ojos de un abogado de derecho consuetudinario, no es muy diferente de la consideración." *Baehr v. Penn-O-Tex Oil Corp*., 258 Minn. 533 (1960), p. 539.

[1495] Kennedy critica que tanto la doctrina de la consideración en el derecho común como la doctrina de causa en el derecho civil son medidas inadecuadas de la intención en casos particulares. (Kennedy, D. (2000). From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fullers's Consideration and Form. *Columbia Law Review*, 100, 1, 94-175).

A propósito de la diferencia de perspectivas entre el *Civil Law y el Common Law*, Galgano (2001) trae a colación una cita que parece resumir la diferencia entre ambos sistemas: "Sigue siendo fundamental, en la división entre *civil law y common law*, la distinta forma de elaborar categorías jurídicas, en dependencia de su diversa fuente, preeminentemente legislativa, en el primero; preeminentemente judicial, en el segundo. El *civil law*, por lo menos aquel que ha producido las codificaciones, es el 'derecho de los profesores", su orgullo es la 'cientificidad', entendida como sistematización del material normativo dentro de vastas categorías ordenantes, caracterizadas por un alto grado de abstracción. Por el contrario, el *common law* descree de las generalizaciones, elabora categorías jurídicas muchísimo menos extensas, más fieles a la tipología de la realidad. Se puede decir, en los términos de la filosofía analítica, que el lenguaje jurídico de los *common lawyers* es el lenguaje 'de las cosas'**,** que tiene por objeto las cosas que componen el mundo; el de los juristas del área romanística es, más bien, un metalenguaje, que tiene por objeto, no cosas, sino otros lenguajes." (p. 103.)

En efecto, Reitz (1998) manifiesta que la consideración es un requerimiento muy distinto de la causa (p. 621). El *Civil Law* omite el requerimiento de la consideración porque el derecho germano y francés poseen doctrinas que cumplen las mismas funciones. Las funciones de la consideración son desempeñadas por la causa clásica (pero solamente para los contratos sinalagmáticos, mas no para las donaciones). Por su parte Ferri entiende que la consideración del *common law* es aneja a la causa de las obligaciones como lo entendía el Código Napoleón de 1804 y el Código Civil italiano de 1865, es decir, según Ferri (2004), a la causa clásica de Domat y Pothier. (p. 268)

Consideración es el precio de la exigibilidad de los contratos en las Cortes. La mayoría de los acuerdos que califican como contratos legalmente ejecutables contienen un intercambio negociado entre las partes (consideración valiosa.) Mientras que doctrinas sustitutas pueden permitir la vinculatoriedad de un acuerdo, sólo la presencia de una consideración valiosa en ambas partes de la negociación creará un contrato bilateral ejecutable desde el momento de su incepción.[1496]

[1496] La teoría de la consideración resulta ser menos accesible al entendimiento del estudiante de Derecho que la teoría de la oferta y aceptación. (Watson, G. R. (1997). A Casebook for All Seasons? *Seattle University Law Review*, *20*, 277-294, p. 280).

De otra parte, las inconveniencias de prescindir de una teoría de la causa o de la consideración en el contrato, son realmente nimias en comparación de la profunda incertidumbre que tales teorías traen al mundo jurídico. (Lorenzen. 1919, p. 645.)[1497]

Entonces, de existir capacidad, intención de contratar, y un objeto posible y legal, estaríamos frente a un contrato. No existe ninguna utilidad de recurrir a la teoría de la consideración[1498]. "La cuestión de si las partes realmente contemplaron un acto jurídico o se relacionaron entre sí en una base non jurídica, no puede ser determinada de ninguna doctrina de la consideración o causa, pero deber ser revisada de cada hecho en particular." (Lorenzen. 1919, p. 646.)

Sin embargo, es necesario plantear una teoría precontractual que complemente a un sistema contractual integral en el que la causa (equiparada a la consideración de los contratos sinalagmáticos, como reliquias anacrónicas) puedan modificarse, modernizarse y despojarse de su anquilosada carga inútil y estéril.

5.2. *Parol Evidence Rule "PER"* (regla sobre evidencia verbal)

Lo que se entiende por el "Parol Evidence Rule"[1499] en el *common law*, es la regla por medio de la cual las Cortes excluyen todo tipo de evidencia que es oral y contradictoria al momento de que un contrato escrito se ejecuta. Por ejemplo, si un contrato se ejecuta por medio escrito, y después de 3 meses una de las partes quiere anular dicho contrato basado en una promesa que una de las partes dice que la otra parte realizó contemporáneamente a la ejecución del contrato escrito, pero donde dicha promesa es contraria a lo escrito en el contrato ya ejecutado, entonces dicha evidencia queda excluida bajo la regla del "Parol Evidence Rule".

[1497] Pero hay algunas diferencias entre causa y consideración, sobre todo en las donaciones. Por ejemplo, en aquel contrato donde A promete darle a B una garantía escrita por un contrato ya celebrado con anterioridad, en el cual A no recibe ninguna consideración en retorno por su promesa, dicha garantía carecería de consideración, pero no de causa, así A haya actuado con generosidad. El otro ejemplo es el de la promesa de A de dar un dinero a B, el tutor de su hijo ilegítimo. Otros ejemplos serían aquellos donde A se compromete a pagar una suma de dinero a su ex esposa, en circunstancias de haberse obtenido el divorcio debido a una mala conducta de A.

[1498] Por su parte, Gordon cree que la teoría de la consideración no es útil. El autor argumenta que la teoría está mal concebida, contraria a la práctica comercial y que las excepciones a la regla son especiosas. (Gordon, J. (1991). Consideration And the Commercial-Gift Dichotomy. *44 Vand. L. Rev. 283*, pp. 301-302).

[1499] Knapp describe la Regla de la Evidencia Parol como una norma en el derecho contractual que requiere que sólo el acuerdo escrito entre dos partes sea tomado como la expresión de su acuerdo, descartando cualquier acuerdo oral realizado fuera del contrato escrito. Esta regla también previene que una parte introduzca pruebas fuera del acuerdo escrito con el fin de contradecir o modificar los términos del acuerdo. (Knapp, C. (1998). Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel. *Hastings Law Journal. 49, 5,* pp. 1191-1335).

Por su parte el Derecho Alemán y el Derecho Francés no reconocen ninguna regla concomitante al "Parol Evidence Rule" (Von Mehren, A. T. 1959, p. 1013.)

Ahora bien, esta regla es de gran importancia en el common law, puesto que, pese a que el PE está basado en gran medida en promesas verbales[1500], o en actos u omisiones que muchas veces escapan a la esfera de los acuerdos escritos, si hubiera un acuerdo escrito entonces una promesa que entre en contradicción con tal escrito resultaría nula. En cambio, en el civil law no existe tal regla parecida al PER[1501], de modo que la figura del PE resulta ser más efectiva.

5.3. Estatuto de fraudes (*Statute of Frauds)*

a). Historia

Históricamente, narran Snyder y Burge (2017, p. 259) en los primeros días del derecho inglés, después de la conquista normanda, pocos contratos se realizaban por escrito debido a que muy pocas personas sabían escribir. La mayoría de los acuerdos eran orales, como la transferencia de tierras mediante la entrega formal de un pedazo de terreno en presencia de testigos, conocido como "livery of seisin". Sin embargo, con el tiempo, el crecimiento del comercio y la educación llevó a que los documentos escritos se volvieran más comunes e importantes, ya que más personas buscaban dejar constancia por escrito de transacciones importantes. La creación de escrituras que podían ser registradas también facilitó este proceso, ya que permitía identificar la propiedad de manera clara.

La escritura tenía ventajas evidentes sobre las transacciones orales, ya que éstas dependían de la memoria (que podía ser falible) y de la honestidad de los testigos (que no siempre era perfecta). Además, debido a la complejidad del procedimiento judicial británico, existía una clase de testigos profesionales que esperaban trabajo en los tribunales de justicia y estaban dispuestos a jurar cualquier cosa siempre y cuando se les pagara por ello. Esta situación creaba un terreno fértil para el fraude. (Snyder y Burge, 2017, pp. 259 y ss.).

[1500] Penningroth destaca la importancia de proteger los contratos escritos de ser modificados o alterados por testimonios verbales. Esta mención implica la relación con la Regla de la Evidencia Parol, que enfatiza la prioridad de los contratos escritos sobre los acuerdos verbales en ciertas circunstancias legales. (Penningroth, D. (2022). Race In Contract Law. *University of Pennsylvania Law Review - Vol. 170 Núm. 5,* p. 57).

[1501] Dalton explica que la Regla de la Evidencia Parol establece que un acuerdo escrito considerado la "expresión final" del acuerdo de las partes no puede ser contradicho o complementado por otros escritos, discursos o conductas. (Dalton, C. (1985). An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine. *Yale Law Journal*, 94, 5, pp. 997-1114).

De modo que en 1677 el Parlamento Inglés[1502], con el consentimiento del Rey Carlos II, promulgó la "Ley de Prevención de Fraudes y Perjurios" ("El Estatuto de Fraudes"[1503]) cuyas secciones 4 y 17, pertinentes a los contratos, Speidel y Ayres (2003) pasan a resaltar:

> Sección 4: Ninguna acción será admitida:
> (1) para exigir a ningún ejecutor o administrador en virtud de alguna promesa especial, responder por daños con su propio patrimonio;
> (2) para exigir al demandado en virtud de alguna promesa especial, responder por la deuda, incumplimiento o mal desempeño de otra persona;
> (3) para exigir a cualquier persona en virtud de algún acuerdo hecho en consideración al matrimonio;
> (4) para exigir en virtud de algún contrato o venta de tierras, bienes raíces o heredades, o algún interés relacionado con ellos;
> (5) para exigir en virtud de algún acuerdo que no deba cumplirse dentro de un plazo de un año desde su realización; a menos que el acuerdo sobre el cual se entable dicha acción, o algún memorando o nota del mismo, esté por escrito y firmado por la parte que se le impute la responsabilidad o alguna otra persona autorizada por él de manera legal.
> Sección 17: Y además se promulga [que] ningún contrato para la venta de bienes, mercancías y productos, por el precio de diez libras esterlinas o más, se considerará válido, a menos que el comprador acepte parte de los bienes vendidos y efectivamente los reciba, o dé algo como señal para comprometer la transacción, o como parte de pago, o que se haga algún nota o memorando por escrito de dicho acuerdo y sea firmado por las partes que sean responsables en virtud de dicho contrato, o por sus agentes legalmente autorizados. (p. 165)

El inglés llega a América. Los primeros estados estadounidenses adoptaron la legislación inglesa original de fraude estatutario porque eran colonias inglesas cuando se promulgó la ley. Posteriormente, otros estados adoptaron las reglas legislativa o judicialmente de estas primeras colonias. Desde 1677, la idea de un requisito de escritura para ciertos contratos ha sido extremadamente popular entre las legislaturas, que han creado miles de requisitos específicos que

[1502] Arnold cree que el Estatuto de Fraudes es una norma establecida en 1677. Aunque el documento no entra en detalles sobre lo que implica esta norma, menciona que probablemente fue motivada por consideraciones similares a la regla de que una promesa debe estar por escrito y sellada para que los tribunales centrales consideren una acción sobre ella. (Arnold, M. (1976). Transcending Covenant and Debt. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. *85 Yale L.J.*, p. 990). En el mismo sentido, Lorenzen señala que el Estatuto de Fraudes fue introducido en Inglaterra en 1677 y exige que ciertos contratos estén por escrito. (Lorenzen, E. (1919). Causa and Consideration in The Law of Contracts. *Yale Law Journal, 28, 7*, p. 643).

[1503] Baron menciona el Estatuto de Fraudes, una ley de 1677 que impone requisitos formales para los testamentos, como la necesidad de una firma y testigos, y se orienta a prevenir el fraude y el perjurio. Además, se refiere a este estatuto como un conjunto de disposiciones que establecen requisitos para los contratos. El Estatuto de Fraudes requiere que ciertos tipos de contratos, incluyendo los testamentos de bienes inmuebles, estén por escrito y cumplan con ciertos requisitos formales para ser válidos. También se menciona en relación con "contratos dentro del Estatuto de Fraudes", sugiriendo su impacto en la ejecutabilidad de ciertos contratos. En resumen, el Estatuto de Fraudes establece que ciertos tipos de contratos deben estar por escrito y firmados. (Baron, J. (1989). Gifts, Bargains, And Form. *64 Ind. L.J.*, pp. 155 y ss,).

exigen que ciertos documentos legales se redacten por escrito para que sean exigibles. (Snyder y Burge, 2017, p. 260).

Speidel y Ayres (2003) luego refieren que la Sección 4 fue adaptada en los EE.UU. con ciertas modificaciones y que la sección 17 del Estatuto de Fraudes fue asumida en la Sección 4 de la Ley Uniforme de Ventas:

> La Sección 4 fue ampliamente seguida en este país, aunque en algunos casos se modificó el lenguaje y en otras transacciones (por ejemplo, contratos para hacer un testamento o pagar una comisión a un agente de bienes raíces) a veces se añadieron. El equivalente estadounidense de la Sección 17 fue la Sección 4 del Acta Uniforme de Ventas, que establecía lo siguiente:
> (1) Un contrato de venta o una venta de bienes o créditos de un valor de quinientos dólares o más no será exigible mediante acción legal a menos que el comprador acepte parte de los bienes o créditos objeto del contrato o venta, los reciba efectivamente, o dé algo como señal para comprometer el contrato o como parte del pago, o a menos que algún documento o memorando por escrito del contrato o venta sea firmado por la parte que se le impute la responsabilidad o su agente en ese sentido.
> (2) Las disposiciones de esta sección se aplican a todo contrato o venta mencionado, sin importar que los bienes estén destinados a ser entregados en algún momento futuro o que en el momento del contrato o venta no se hayan fabricado, obtenido o provisto realmente, o no estén aptos o listos para su entrega, o que se requiera algún acto para su fabricación o finalización, o para que sean aptos para su entrega; pero si los bienes son fabricados especialmente por el vendedor para el comprador y no son aptos para la venta a otros en el curso ordinario de los negocios del vendedor, las disposiciones de esta sección no se aplicarán.
> (3) Se considera una aceptación de los bienes en el sentido de esta sección cuando el comprador, ya sea antes o después de la entrega de los bienes, expresa mediante palabras o conducta su consentimiento para convertirse en propietario de esos bienes específicos.
>
> La Sección 4 del Acta Uniforme de Ventas ha sido reemplazada por la Sección 2-201 del Código Comercial Uniforme. (pp. 165-166).

Como vemos, la Sección 17 del original Estatuto de Fraudes evolucionó hasta convertirse en la actual Sección 2-201 del UCC[1504] (*Uniform Commercial Code* o Código Comercial Uniforme) que dice[1505]:

§ 2-201. Requisitos Formales; Estatuto de Fraudes.

[1504] Posner aborda la Ley de Fraudes, una norma que exige que ciertos contratos estén por escrito para ser ejecutables. En este documento, se discute específicamente la sección 2-201 del Código Comercial Uniforme (UCC), que requiere que los contratos de venta de bienes por un valor determinado estén redactados por escrito. (Posner, E. (1998). Norms, Formalities, And the Statute of Frauds: A Comment. *144 U. Pa. L. Rev. 1971,* p. 1975).
[1505] Sección 2-201 del UCC. Código Uniforme de Comercio [UCC], 1952 (EE.UU.).

(1) Salvo que se disponga lo contrario en esta sección, un contrato de venta de bienes por un precio de $500 o más no es exigible mediante acción o defensa, a menos que exista algún escrito suficiente que indique que se ha realizado un contrato de venta entre las partes y que esté firmado por la parte contra la cual se busca hacer cumplir o por su agente o corredor autorizado. Un escrito no es insuficiente porque omita o declare incorrectamente un término acordado, pero el contrato no es exigible bajo este párrafo más allá de la cantidad de bienes mostrada en dicho escrito.
(2) Entre comerciantes, si en un plazo razonable se recibe un escrito de confirmación del contrato que sea suficiente contra el remitente y la parte que lo recibe tiene motivos para conocer su contenido, dicho escrito cumple con los requisitos del párrafo (1) contra dicha parte, a menos que se presente un aviso por escrito de objeción a su contenido dentro de los 10 días posteriores a su recepción.
(3) Un contrato que no cumple con los requisitos del párrafo (1), pero que es válido en otros aspectos, es exigible:
(a) si los bienes deben ser fabricados especialmente para el comprador y no son adecuados para la venta a otros en el curso ordinario de los negocios del vendedor, y el vendedor, antes de recibir aviso de repudiación y en circunstancias que indiquen razonablemente que los bienes son para el comprador, ha comenzado sustancialmente su fabricación o ha asumido compromisos para su adquisición; o (b) si la parte contra la cual se busca hacer cumplir admite en su contestación, testimonio o de cualquier otra manera en el tribunal que se hizo un contrato de venta, pero el contrato no es exigible bajo esta disposición más allá de la cantidad de bienes admitida; o (c) con respecto a los bienes por los cuales se ha realizado y aceptado el pago, o que se han recibido y aceptado (Sec. 2-606).

En la actualidad, el Estatuto de Fraudes[1506] en los EE.UU. ha sido ampliamente adoptado y se lo conoce por un acrónimo MY LEGS[1507] que pasamos a detallar (Snyder y Burge, 2017, pp. 4-5):

Marriage: Contratos en contemplación de matrimonio[1508], por ejemplo, acuerdos prenupciales o promesas familiares de transferir propiedades a la nueva pareja. Restatement (Second) of Contracts § 124[1509].

[1506] Barnett explica que el Estatuto de Fraudes impide reclamaciones contractuales basadas en testimonio oral cuando es probable que el contrato hubiera sido reducido a escrito. (Barnett, R. y Becker, M. (1987). Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations. *Hofstra Law Review*, 15(3), pp. 443-497).
[1507] Palmer señala que el Estatuto de Fraudes es una ley que exige que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. Según el documento, esta ley requiere específicamente un documento escrito para seis categorías de contratos, incluyendo: la promesa de un ejecutor de pagar daños con su propio patrimonio, una promesa de pagar la deuda de un tercero y contratos considerados dentro del matrimonio. Aunque el documento no define explícitamente el Estatuto de Fraudes, menciona que exige que ciertos contratos estén por escrito para ser ejecutables. (Palmer, V. (1989). The History of Privity. The Formative Period (1500-1680). *33 Am. J. Legal Hist. 3,* pp. 14-16).
[1508] Según Pollock, el Estatuto de Fraudes es una ley que exige que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. Esta ley es aplicable a garantías, acuerdos relacionados con el matrimonio, intereses en bienes raíces, acuerdos que no se pueden ejecutar dentro de un año y la venta de bienes. (Pollock, F. (1902). Principles of contract. A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England. 7th edition. Londres: CF Roworth, pp. 160-163).
[1509] American Law Institute. (1981). Sección 124. Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]: Una promesa por la cual todo o parte de la contraprestación es matrimonio o una promesa de matrimonio está dentro del Estatuto de Fraudes, excepto en el caso de un acuerdo que consiste únicamente en promesas mutuas de dos personas para casarse entre sí.

Year: Contratos que no pueden ser cumplidos dentro de un año a partir de la fecha del contrato. Restatement (Second) of Contracts § 130[1510].

Land: Contratos que involucran la venta de tierras y otros tipos de intereses en tierras[1511], como servidumbres y derechos minerales, según lo establecido por cada estado. Restatement (Second) of Contracts §§ 125-129.[1512]

Executors: Contratos de ejecutores para pagar deudas con sus propios recursos personales. Se aplica sólo a promesas de pagar deudas con los recursos del ejecutado, no con los recursos del patrimonio del difunto. Restatement (Second) of Contracts §§ 111.

Gift: Contratos de venta de bienes por encima de $500. Recordemos que el Código Comercial Uniforme define los bienes como cosas "tangibles" y "muebles", lo que no incluye bienes raíces, servicios y derechos legales intangibles. Uniform Commercial Code § 2-201 (ya reseñado)[1513].

Surety: Contratos de fianza. Estos son contratos en los que una parte se compromete a ser responsable por las deudas de otra persona. El tipo más común es lo que conocemos como "aval" en un préstamo, pero existen otros tipos. Ver Restatement (Second) of Contracts §§ 112-123.[1514]

Por su parte, en el Código Francés, después de la enmienda del año 2016, encontramos el artículo 1341 que es parecido al Estatuto de Fraudes: "Deberán extenderse en acta ante notario o en escritura privada todas aquellas cosas que excedan de una suma o de un valor establecido por

[1510] American Law Institute. (1981). Sección 130. Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]: (1) Cuando cualquier promesa en un contrato no puede cumplirse completamente dentro de un año desde el momento en que se hace el contrato, todas las promesas en el contrato están dentro del Estatuto de Fraudes hasta que una de las partes del contrato complete su cumplimiento.
(2) Cuando una de las partes de un contrato ha completado su cumplimiento, la disposición de un año del Estatuto no impide el cumplimiento de las promesas de las otras partes.

[1511] Freed menciona que el Estatuto de Fraudes es un principio legal que requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. Se menciona en este documento en el contexto de casos donde se encontró que los acuerdos orales entre cohabitantes eran nulos porque violaban el Estatuto de Fraudes. (Freed, D. y Walker, T. (1986). Family Law in The Fifty States: An Overview. *19 Fam. L.Q.,* p. 331).

[1512] American Law Institute. (1981). Sección 125. Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC]: (1) Una promesa de transferir a cualquier persona cualquier interés en la tierra está dentro del Estatuto de Fraudes. (2) Una promesa de comprar cualquier interés en la tierra está dentro del Estatuto de Fraudes, independientemente de la persona a quien se le haga la transferencia. (3) Cuando se ha hecho una transferencia de un interés en la tierra, una promesa de pagar el precio, si originalmente estaba dentro del Estatuto de Fraudes, deja de estarlo a menos que el precio prometido sea en sí mismo en todo o en parte un interés en la tierra. (4) Los estatutos en la mayoría de los estados, excepto el contrato de tierras y las disposiciones de un año del Estatuto de Fraudes, son arrendamientos a corto plazo y contratos de arrendamiento, por lo general por un plazo no mayor a un año.

[1513] Farber menciona que la doctrina de la contraprestación es una de las razones por las cuales las promesas de hacer regalos generalmente no son exigibles. (Farber, D. (1983). Contract Law and Modern Economic Theory. Berkeley Law Scholarship Repository. *78 Nw. U. L. Rev., p. 313).*

[1514] Second Restatement of Contracts [SRC], § 112. 1981. (EE.UU.)]: Un contrato no está dentro del Estatuto de Fraudes como un contrato para responder por el deber de otro a menos que el prometido sea un obligante del deber del otro, el promitente sea un fiador para el otro, y el prometido sepa o tenga razón para saber del deber del otro. relación de fianza.

decreto, incluso para depósitos voluntarios, y no se recibirá ninguna prueba testifical contra y más allá del contenido de las actas, ni sobre lo que fuera alegado haber sido dicho con anterioridad, en el momento o después de las actas, aunque se trate de una suma o un valor menor. Todo ello sin perjuicio de lo preceptuado en las leyes relativas al comercio." (D. No. 80-533 del 15 de Julio de 1980: 5,000 F – € 800)"[1515]

Mientras tanto el Código Alemán no tiene una provisión parecida al artículo 1341 del Código Francés. (Von Mehren, A. T. 1959, pp. 1019-1020.)

b). Crítica al estatuto de fraudes

El Estatuto de Fraudes ha sido en su mayoría derogado en Inglaterra en 1954, en su propia tierra natal por el Parlamento Británico[1516] y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Bienes (CISG) no dispone que los contratos sean por escrito (Snyder y Burge (2017, p. 261).

Para los autores Speidel y Ayres (2003) el Estatuto de Fraudes, como norma, a veces promueve más fraudes del que pretende prevenir:

> La afirmación repetida de que el requisito de escritura de la ley puede, como argumentó el Lord Cambell, "promover más fraude del que previene" es una afirmación sobre dos tipos diferentes de fraude. Un demandante puede afirmar falsamente la existencia de una promesa (donde el demandado en realidad no había prometido). O un demandado puede negar falsamente la existencia de un contrato (donde en realidad había hecho una promesa oral previa). El requisito de escritura reduce las afirmaciones fraudulentas de promesa, pero puede exacerbar las negaciones fraudulentas de promesa, ya que los promisores orales aprenden que el requisito de escritura les otorga cierto grado de libertad para renunciar a su promesa sin penalización legal. (p. 166)

Y esta crítica al Estatuto de Fraudes es extensiva al Parol Evidence Rule[1517] (regla que impide añadir modificaciones orales a un contrato escrito). Así Speidel (2003) lo asevera:

[1515] Código Civil Francés (CCF), 2016. (Francia).

[1516] Mc Kendricks indica que el Estatuto de Fraudes es una ley de 1677 que exigía que ciertos tipos de contratos estuvieran por escrito. Sin embargo, la mayoría de sus disposiciones fueron derogadas en 1954, por lo que ya no es una parte significativa del derecho contractual inglés. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, p. Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, p. 111).

[1517] Barnett señala que es una que regula el uso de la evidencia parol. Esta regla generalmente impide la introducción de pruebas extrínsecas para contradecir o complementar los términos de un contrato escrito. (Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev.,* pp. 269 y ss.).

> La regla de la evidencia extrínseca [*parol evidence rule*]… plantea cuestiones similares. Ahí, la pregunta no es si existe un contrato, sino si una promesa oral en particular que agrega términos adicionales formaba parte del contrato. Una vez más, existen dos tipos de fraude: afirmaciones falsas y negaciones falsas. La presencia o ausencia de un requisito de escritura (ahora con respecto al término adicional afirmado) reducirá un tipo de fraude y exacerbará otro. Por último, las posibles víctimas de negaciones falsas pueden protegerse exigiendo que las promesas orales se reduzcan a escrito. (p. 167)

Como veremos a continuación, el promissory estoppel ha tratado de equilibrar este desbalance entre afirmaciones falsas o negaciones falsas trascendiendo los límites y las falencias de ambas teorías, tanto del Estatuto de Fraudes[1518] como del Parol Evidence Rule. En el anexo IV veremos casos donde el promissory estoppel puede resolver situaciones desafiando el Estatuto de Fraude por ejemplo[1519]. También veremos en el anexo III cómo la CIC no da resultados justicieros a situaciones donde claramente una formalidad anula la aplicación de una posible aplicación equitativa (por ejemplo, el caso español *Plus Ultra*[1520]*,* o el caso *Gata Capital.*[1521]

Por otro lado, existe legislación moderna que trata de cerrar el abismo que deja la era digital y el Estatuto de Fraudes, promulgando leyes como el Uniform Electronic Transactions Act (UETA) (1999), y el Federal Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-SIGN). (2012). E-SIGN Act, 15 U.S.C. §§ 7001-7006, para referirnos a un par de legislaciones en este sentido[1522].

[1518] Becker explica que explica que el Estatuto de Fraudes es una norma legal que requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. Su propósito es prevenir el fraude y alentar a las partes a documentar acuerdos importantes. (Barnett, R. y Becker, M. (1987). Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations. *Hofstra Law Review*, 15(3), pp. 443-497).

[1519] Véase *Conrad v. Fields*, No. A06-1387 (Minn. Ct. App. July 24, 2007), *Jamestown Terminal Elevator, Inc. V Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976).

[1520] STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009).

[1521] STS 11-02-2016 (RJ 502/2016).

[1522] La evolución del panorama digital ha llevado a la creación de una serie de leyes importantes para salvaguardar la privacidad y regular el marketing electrónico. Estas incluyen la Ley Can-Spam de 2003 contra el correo electrónico no deseado, la Ley de Prevención de Identificación Falsa en Internet de 2000 para proteger identidades en línea, la COPPA de 1998 para la privacidad infantil en línea, la HIPAA de 1996 para la seguridad de los datos de salud, la CCPA de California de 2019 y el SHIELD Act de Nueva York de 2019 para el control y protección de datos personales, y la TCPA de 1994 para regular las llamadas de telemarketing. Además, la SESRA de Nueva York de 2001 reconoce la validez legal de las firmas electrónicas. Estas leyes colectivamente forman un marco para asegurar que la privacidad sea respetada y que las prácticas de marketing electrónico sean éticas y responsables.

c). El Estatuto de fraudes y el *promissory estoppel*

En cuanto al Estatuto de Fraudes en los Estados Unidos y su interacción con el "*promissory estoppel*", tenemos el caso *Jamestown Terminal Elevator, Inc. V Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976), que da algunas luces con respecto a los contratos de venta de bienes oral, donde la fecha de entrega no fue explícitamente determinada. El Juez Paulson argumentó que el "*promissory estoppel*" pudiera ser aplicado para evitar que el Estatuto de Fraudes invalide el acuerdo[1523]. ("El *promissory estoppel* se puede aplicar para evitar la ley de fraudes con respecto a los acuerdos orales para la venta de bienes si el acuerdo se establece primero mediante prueba competente, cuando el estatuto no anula dicho acuerdo.")[1524]

En este caso, el demandado Hieb apela una orden de la corte inferior del Condado de Stustman en la que otorgó daños a favor del demandante *Jamestown Terminal Elevator, Inc*., por incumplimiento de contrato, al no entregar el grano en la fecha en que el demandante pensó que debería entregarse. Esta acción nació de muchas llamadas telefónicas entre el demandado Hieb y los representantes del demandante Terminal el 3 de Julio de 1973. Terminal argumentó que Hieb se comprometió a entregar 10,000 bushels de trigo a $2.65 a entregarse dentro de "un par de semanas." El mismo día 3 de Julio de 1973, Terminal revendió las 10,000 bushels que esperaba recibir de Hieb, con una proyección de entrega de la reventa para el 31 de agosto de 1973.

Por su parte, Hieb alegó que ningún acuerdo se había realizado entre las partes el 3 de junio de 1973, y que lo único que hubo fue una oferta oral de Terminal de comprar 10,000 bushels de trigo a $2.65 cada bushel. Pero cuando Hieb no entregó los 10,000 bushels de trigo dentro de las siguientes dos semanas, el manager de Terminal Donald DeMersseman, contactó Hieb en su granja el 19 de Julio de 1973 para ver cuándo se realizaría la entrega.

El 14 de agosto de 1973, los abogados de Terminal enviaron una carta certificada a Hieb demandando la entrega del grano para el 31 de agosto de 1973. Cuando Hieb incumple con la entrega, Terminal "cura" la carencia y compra el trigo en el mercado, pero el precio de cada bushel estaba en $6.75 cada bushel, resultando en un incremento de $37,500 sobre el precio original del 3 de Julio de 1973.

[1523] DeLong menciona que algunos tribunales se niegan a hacer cumplir promesas orales porque las partes "deberían haber sabido que el arrendamiento no sería ejecutable a menos que estuviera por escrito". El Estatuto de Fraudes es un principio legal que requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. (Delong, S. (1997). The New Requirement of Enforcement Reliance in Commercial Promissory Estoppel: Section 90 as Catch-22. *Wisconsin Law Review*, pp. 943-1022).

[1524] *Jamestown Terminal Elevator, Inc. v. Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976).

La evidencia de los hechos reveló que efectivamente se produjo un acuerdo de vender el trigo a la compañía Terminal por parte de Hieb. También se determinó durante el curso del juicio que el día en que el trigo debería de haber sido entregado está gobernado por indicadores como los usos del comercio y los usos entre las partes, de donde se determinó que la fecha de entrega debía haber sido el 31 de agosto de 1973, porque Hieb había sido notificado o por lo menos había sido informado de tal fecha. Por su parte Hieb argumentó que el acuerdo estaba viciado por el Estatuto de Fraudes porque el acuerdo era oral y versaba sobre la entrega de productos cuyo valor era superior a los $500 y por lo tanto debería estar gobernado por el estatuto de fraudes[1525].

Sin embargo, el Juez Paulsen opinó:

> Cabe señalar que este estatuto hace que un contrato verbal para la venta de bienes en exceso de $500 'no sea ejecutable', en lugar de 'nulo' o 'anulable'... Además 41-01-03, N.D.C.C. (1-103, U.C.C.], proporciona:
> "Principio general suplementario de la ley aplicable: a menos que sean desplazados por la disposición particular de este título, los principios de la ley y la equidad, incluida la ley mercantil y la ley relativa a la capacidad para contratar, principal y agente, impedimento, fraude, tergiversación o falsedad, coacción, la coerción, error, quiebra u otra causa validante o invalidante complementará su disposición".
>
> En *Farmers Cooperative Ass'n of Churchs Ferry v. Cole*, 239 N.W. 2d 808, 812 (ND 1976), este tribunal declaró: "El Estatuto de Fraudes tiene como objetivo prevenir fraudes y perjurios y a menudo se ha dicho que los tribunales no deben permitir que el Estatuto de Fraudes se utilice como un instrumento para cometer fraude … La evasión en el Estado está limitada para algunos propósitos por un estatuto que dispone:
>
> Cuando una parte, por su propia declaración, acto u omisión, intencional y deliberadamente haya inducido a otra persona a creer que una cosa en particular es cierta y a actuar sobre tal creencia, no se le permitirá falsificarla en ningún litigio que surja de tal declaración, acto u omisión." Sección 31-11-06, NDCC.
>
> Si el principio de *estoppel* se aplica de manera demasiado amplia, lograría una derogación completa del Estatuto de Fraudes y *estoppel* puede convertirse en la herramienta para lograr el fraude. Por el contrario, una aplicación demasiado restringida del principio de estoppel puede permitir que el Estatuto de Fraudes sea la herramienta para lograr el fraude". ((*Jamestown Terminal Elevator, Inc. V Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976))

[1525] Pound señala que la Ley de Fraudes es un *principio* legal que requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables, y hace referencia a "requisitos de prueba al modo de la Ley de Fraudes". (Pound, R. (1922). An Introduction to the Philosophy of Law. *New Haven: Yale University Press,* p. 238).

Como vemos, esta Corte hizo una diferenciación entre el efecto del *Statute of Frauds* con respecto a los contratos orales de venta de bienes en exceso de $500 como "inejecutable" o "inaplicable" (not enforceable") pero no como nulo o anulable ("void" or "voidable")[1526].

Por lo tanto, lo que hizo el juez Paulsen fue analizar toda esta evidencia, aplicar el *promissory estoppel* de cara a los principios generales del derecho como la equidad, y colegir que sí existió un acuerdo contractual y que Hieb no podría zafarse de este acuerdo usando el Estatuto de Fraudes para cometer su propio fraude (bajo el argumento de aplicar el Estatuto de Fraudes), y que por lo tanto la sentencia de la Corte inferior estaba bien dada y la Corte de apelaciones lo reafirmó.

Este es un ejemplo concreto de cómo el derecho normativo (estatuto de fraudes) es vencido por la aplicación del principio de la equidad en la figura del *promissory estoppel*[1527], y cómo la figura de la consideración no jugó un papel preponderante para invalidar o nulificar la transacción. De esta forma queda demostrado con este ejemplo que la consideración, asumida como el intercambio de bienes y dinero sujeto al estatuto de fraudes, no es un principio absoluto, y que la equidad pudo resolver este asunto para prevenir otro posible fraude, usando herramientas como el *Promissory estoppel*.

De otra parte, en el campo del derecho civil es difícil imaginar una situación en la cual la jurisdicción local tenga un estatuto de fraudes (tal como Francia por ejemplo) que declare inaplicable un contrato superior a los $500 que no esté redactado por escrito, y que al mismo tiempo exista una promesa oral de entrega de un producto por miles de dólares, y que dicha promesa genere en el aceptante un cambio de posiciones en el sentido de realizar un contrato adicional con una tercera parte para revender los productos en un determinado tiempo. Cuando el proveedor original no entrega la mercancía prometida, obviamente genera un daño al aceptante porque se ve compelido a buscar en el mercado un proveedor supletorio para poder cumplir sus compromisos de reventa. Ese daño emergente puede ser cubierto por el RINP para evitar que el proveedor original se retracte impunemente de su promesa original de "mala fe" o por lo menos

[1526] Sobre el carácter ejecutable o no ejecutable y la interacción con la sustancia y la forma de la consideración, Gamage y Kedem argumentan que la teoría de la consideración no es una buena manera de distinguir entre promesas que son exigibles y aquellas que no lo son. Específicamente, critican tanto los argumentos formales como los argumentos sustantivos en favor de la doctrina de la consideración, sosteniendo que no son convincentes. (Gamage, D. y Kedem, A. (2006). Commodification And Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations. *The University of Chicago Law Review, 73,* p. 1307).

[1527] Mills menciona que el estoppel promisorio puede utilizarse para "evitar una aplicación draconiana del Estatuto de Fraudes". Esto implica que el Estatuto de Fraudes es algún tipo de regla o ley que puede ser severa en ciertas situaciones. (Mills Holmes, E. (1996). The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review, Vol. 20: 45,* p. 48).

sin mediar "buena fe" (de acuerdo a los postulados de la doctrina del RINP). Y no existiría "buena fe" en el actuar del proveedor original (en este caso Hieb) por cuanto estaría quebrantando injustificadamente una negociación preliminar con Terminal, y dicho quebrantamiento genera daños negativos que Hieb tiene que responder.

Si bien es cierto ambas figuras llegarían a un destino similar (en el entendido que los jueces de ambas jurisdicciones no apliquen a rajatabla el Estatuto de Fraudes), la figura del PE es más eficiente porque el RINP impone una obligación probatoria adicional cual es la de demostrar que el promitente actuó de mala fe[1528]. En este sentido, Hieb pudiera alegar también que -de existir el Estatuto de Fraudes, como en la jurisdicción francesa- el contrato original de entrega de bienes superior a los $500 es inválido por ser un contrato oral, y por lo tanto no podría ser vinculante, y por ende Hieb podría alegar que no actuó de mala fe porque se basó en la existencia del Estatuto de Fraudes que explica que ningún contrato de venta de bienes superior a los $500 es ejecutable si no es por escrito. Entonces, el RINP no podría actuar porque el mismo Estatuto de Fraudes le impondría una trampa adicional al obligar a Terminal a demostrar como Hieb actuó de mala fe cuando el mismo Hieb alega haberse confiado en el estatuto de fraudes[1529].

Tenemos otro caso en el que interactúa el estatuto de fraudes, la consideración y los contratos, *Signal Hill Aviation Co. V. Stroppe*, Civ. No. 53239, Second. Dist. Div. Four, Sept. 4, 1979)[1530]. El tema es que el demandante entró en negociaciones con el demandado (y le promete darle la propiedad en alquiler), que era una corporación que le iba a ceder el alquiler de unos locales en el aeropuerto (ya que el demandado Stropped había alquilado de la Ciudad una propiedad en el Aeropuerto de Long Beach, desde 1965, y había obtenido permiso para renovar tal alquiler en 1975 y 1980, a condición que se realicen ciertas reparaciones en las instalaciones). En confianza y basado en esa promesa, el demandante se emplaza en las instalaciones, empieza a hacer reparaciones, pero el demandado no cedió el contrato de arriendo al demandante, sino a una tercera persona en 1975, ganando un ingreso adicional mensual $765, incluso hasta que se realizó el juicio en 1977. Cuando se entabló la demanda, el demandado argumentó que no había contrato porque no hubo consideración ni intercambio de dinero, y que un contrato de arrendamiento estaba

[1528] Dworkin cree que los jueces forman parte de una novela encadenada donde cada uno de ellos escribe un capítulo que en conjunto cobra sentido, *ad literam. (*Dworkin, R. (1996). *Fredom's Law. The Moral Reading of The American Constitution.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, p. 10).

[1529] De esta forma, el RINP se presenta como una figura poco efectiva porque impone una obligación adicional que la hace impráctica, y por ende se impone a sí misma la trampa probatoria que finalmente se presenta como un "disparo en el pie" o como "ponerse la soga al cuello" impidiendo que el RINP consiga el objetivo justiciero que anhela.

[1530] *Signal Hill Aviation Co. V. Stroppe, Civ*. No. 53239, Second. Dist. Div. Four, Sept. 4, 1979.

sujeto al estatuto de fraudes y que por lo tanto debería de haber constado por escrito. Sin embargo, la Corte asumió que el demandado no podía usar la teoría de la consideración o del contrato porque de lo contrario se legitimaría un enriquecimiento injusto del demandado[1531]. Al contrario, la Corte usó la teoría del *Promissory Estoppel* por medio de la cual la consideración y el estatuto de fraudes no se aplicaron, asimismo la Corte otorgó daños reales y expectaticios al demandante, o sea no solamente ordenó al demandante resarcir los daños que el demandante incurrió sino también ordenó resarcirlo por lo que pudo haber ganado (daños expectaticios o lucro cesante), y ordenó que si el contrato de arrendamiento no se le transfería al demandante entonces el demandado tendría que transferir al demandante todas las ganancias por renta a terceros que es lo que el demandante podría haber ganado de haberse producido la transferencia de la propiedad rentada a tiempo. Este caso es un ejemplo, no solamente de cómo la consideración no resuelve problemas desde la teoría del contrato, sino cómo una herramienta como el *promissory estoppel*, sirve no solamente para recuperar los daños reales o negativos, sino daños expectaticios o lucro cesante, que es lo que el demandante podría haber ganado si no se hubiera truncado la promesa.[1532]

Sin embargo, la teoría del *promissory estoppel* no destierra totalmente al estatuto de fraudes, sobre todo en asuntos donde, por ejemplo, en un contrato de compra de bienes, se especifica por escrito que el demandado tendría que entregar una cantidad de bienes, pero no lo hace. Tenemos el caso, por ejemplo, de *Anderson Const. Co. Inc. V Lyon Metal Prod*., 370 So. 3d 935 (1975)[1533], donde un colegio sometió a concurso la licitación de la instalación de casilleros. El demandante obtiene una cuota del subcontratista antes de someter su oferta. El subcontratista le da un valor basado en 306 casilleros, pero la escuela necesitaba 496 casilleros. El tema es que el demandante sabía que el subcontratista le había dado un presupuesto basado en 306 casilleros y no en 496. Como el tema era de una venta de bienes, y existía un error sobre la cantidad de productos, la Corte decidió que este tema pertenecía a la esfera del contrato por cuanto se había producido un error en la cantidad y por lo tanto el contrato no se había formado. La teoría del *promissory estoppel* no se aplicó. Como vemos, pese a que la teoría del *promissory estoppel* no se

[1531] Goetz postula que el derecho de los contratos se ha expandido más allá de las limitaciones de la teoría de la consideración para incluir principios como la confianza legítima y el enriquecimiento injusto. (Goetz, C. (1980). Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *The Yale Law Journal, Vol. 89, Number 7,* p. 1363).
[1532] Un comentario sobre la teoría del RINP de frente a este caso es que el RINP no busca intereses positivos o lucro cesante, solamente el daño emergente o intereses negativos. Sin embargo, en este caso la Corte otorgó lucro cesante o interés positivo, pese a que el caso no es un tema de consideración sino un caso de promissory estoppel.
[1533] *Anderson Const. Co. Inc. V Lyon Metal Prod*., 370 So. 3d 935 (1975).

aplica, ni siquiera se aplica la teoría de la consideración, pero sí se aplicó la teoría del error con el fin de descalificar el contrato.

En efecto, el estatuto de fraudes opera como una defensa contra el fraude, y también como una defensa cuando existe un error matemático, y siempre y cuando el estatuto de fraudes no sea empleado como una herramienta para afianzar el posible fraude del demandado; pero de no existir este fraude, el *promissory estoppel* no puede ayudar a repeler la presencia del estatuto de fraudes porque el *promissory estoppel* solamente puede prevenir el funcionamiento del estatuto de fraudes cuando el fraude esté presente, para evitar brindar un beneficio no correspondido que se pretende alcanzar a través de la operación del estatuto de fraudes. (*Edwar Joy Co. V. Noise Control Products, Inc*., 111 Misc. 2d 64 (1981), Supreme Court, Onondaga County, October 20, 1981)[1534].

En cuanto al tema del RINP y la confluencia con la teoría del error o el estatuto de fraudes, es claro que la teoría del error prevalece sobre la teoría del estatuto de fraudes, pero algunas jurisdicciones no tienen un estatuto de fraudes, como sí lo tiene el *common law* americano, donde el PE prevalece muchas veces por encima del estatuto de fraudes para evitar que un tecnicismo sea usado como fraude a favor del demandado.

En efecto, los contratos que deben ser ejecutados por escrito y que serán cumplidos en un plazo mayor de un año, deben constar por escrito, bajo pena de ser inejecutables o inaplicables según el estatuto de fraudes. Y cualquier confianza detrimental en una promesa que verse sobre tales contratos de ejecución en un término mayor de un año, puede ser que no sea acogida por el *promissory estoppel*, como el caso de la confianza detrimental del caso *Libby-Broadway Drive-In, Inc. V. McDonald's Sys, Inc*., 72 Ill. App. 3d 806 (1979), 391 N.E. 2d. 1[1535].

Obviamente que hay casos en los cuales el *promissory estoppel* no se aplica porque hay situaciones circundantes que hacen imposible su aplicación, por ejemplo, en el caso *Tiffany Icorporated v. MVK Transti Mix., Inc.*, 493 P.2d 1220 (Ariz. Ct. App. 1972)[1536], el estatuto de fraudes se aplicó para invalidar una promesa que resultaba no ejecutable. El subcontratista hizo una promesa oral, el contratista envió una confirmación escrita que fue rechazada dentro de 10 días por el subcontratista. No existe razón para confiar en el estimado del subcontratista cuando fue expresamente rechazada por el subcontratista.

[1534] *Edwar Joy Co. V. Noise Control Products, Inc.*, 111 Misc. 2d 64 (1981).
[1535] *Libby-Broadway Drive-In, Inc. V. McDonald's Sys, Inc.,* 72 Ill. App. 3d 806 (1979).
[1536] *Tiffany Incorporated v. MVK Transti Mix., Inc*., 493 P.2d 1220 (Ariz. Ct. App. 1972).

De la misma forma, la Corte de Apelaciones de Florida fue enfática en expresar que un contrato de servicios ejecutables en 5 años estaba sujeto al estatuto de fraudes y necesitaba estar por escrito, de acuerdo al Estatuto de Fraudes, en cuyo caso el *promissory estoppel* no podría prevalecer. *Tanenbaum v. Biscayne Osteopathic Hospital, Inc*. 190 So. 2d 777 (1966)[1537].

Sin embargo, tenemos que observar que hay casos en los cuales las Cortes opinan que el estatuto de fraudes es un instrumento para prevenir fraudes, como un escudo para evitar fraudes, pero no como una espada para apoyar a un fraude. Es el caso de un vendedor de una casa y un comprador, que contratan a un bróker común, el mismo que decide renunciar su comisión de $5,000 que le iba a pagar el vendedor para que el precio de la casa se reduzca y el comprador pueda comprarla, a condición que el comprador le pagara $2,500 al bróker. En efecto, se produce la transacción, pero el comprador rehúsa pagar los $2,500 al bróker argumentando que dicha promesa de pago no constaba por escrito y por lo tanto el estatuto de fraudes no podría hacer ejecutable tal promesa. La Corte opinó: "Cuando una parte, confiando en un contrato verbal que debería haberse reducido a escrito, ha cambiado su posición o se ha desprendido de valor de modo que sería una injusticia permitir que la otra parte se base en el estatuto de fraudes, la doctrina de equidad se invocará el impedimento y no se dispone del estado de fraudes para perpetuar el fraude". *Le Blond v. Wolfe*, Civ. No. 15920. Second Dist., Div. Three Jan. 16, 1948[1538].

Pero la balanza entre el estatuto de fraudes y el *promissory estoppel* tiene como juez supremo el balance entre la prevención de una injusticia o un fraude y la operatividad de la norma legal. Este balance se ve claramente en el caso *CG Camptbell & Son, Inc. V. Comdeq*, Corp., 586 S.W. 2d 40 (1979)[1539], en el cual el subcontratista somete un estimado al contratista para proveer artículos de cocina (cuatro unidades de refrigeración) para renovar la cocina de un colegio, y cuando el contratista gana el contrato el subcontratista se había dado cuenta que había cometido un error porque se trataba de cuatro unidades de refrigeración y no de una, por lo que el subcontratista se rehusó a vender al precio estimado. El contratista lo demandó, pero no ganó la demanda. La Corte de Apelaciones manifestó que en esta ocasión el interés de la justicia dictaba que el estatuto de fraudes obligaba a que los contratos de venta por más $500 tuvieran que ser por escrito, y el *promissory estoppel* no podía prevalecer.

[1537] *Tanenbaum v. Biscayne Osteopathic Hospital, Inc.* 190 So. 2d 777 (1966).
[1538] *Le Blond v. Wolfe, Civ. No. 15920*. Second Dist., Div. Three Jan. 16, 1948.
[1539] *CG Camptbell & Son, Inc. V. Comdeq, Corp.,* 586 S.W. 2d 40 (1979).

En cambio, en otro caso (*Janke Construction Co., Inc. V. Vulcan Materials, Co*., 386 F. Supp. 687 (W.D. Wis. 1974)[1540], el subcontratista le dio por escrito un estimado al contratista que versaba sobre materiales de construcción que el contratista iba a usar para ganar un contrato, que en efecto ganó el contrato, pero el subcontratista entregó el material, pero no era de la calidad que los lineamientos del contrato exigían, de modo que el contratista tuvo que adquirir tal material de otras fuentes e incurrió en un sobrecosto de $39,942.40. La Corte opinó que el subcontratista no había informado al contratista en ningún momento que el material que estaba en el estimado no era de la calidad requerida bajo los lineamientos del contrato.

En muchos casos la Cortes aplican otras doctrinas con la finalidad de el *promissory estoppel* escape del corsé del estatuto de fraudes, por ejemplo, la doctrina del "principal propósito" o la regla de "la razón prevalente o principal", como en el caso *Texarkana Construction Co. V. Alpine Construction Specialities, Inc*. 489 S. W. 2d 941[1541]. Con esta doctrina, la Corte analizó cómo una de las partes iba a beneficiarse de una promesa oral de una de las partes. El caso es que un contratista general (Texarkana) contrata a un subcontratista (East Texas) para fabricar acero, y éste a su vez contrata con un segundo subcontratista (Alpine) para erigir el acero en el campo de trabajo. Cuando el primer subcontratista East Texas está retrasado en pagos, Texarkana (contratista principal) promete a Alpine (segundo subcontratista) pagar por los retrasos de East Texas (subcontratista) con el fin que la construcción se termine a tiempo. El beneficio que la Corte vio que Texarkana (principal contratista) fue que la construcción iba a terminar a tiempo. La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia del juzgado de primera instancia en el sentido de declarar fundada la demanda de Alpine por cuanto la promesa de Texarkana se hizo para el beneficio propio ya que el principal objetivo al prometer que si East Texas no le pagaba a Alpine entonces Texarkana le iba a pagar, era asegurar que el trabajo se realizara a tiempo mientras que el acero se instalaba de acuerdo a la calidad esperada[1542].

[1540] *Janke Constr. Co. v. Vulcan Maters. Co.,* 386 F.Supp. 687 (W.D.Wis.1974).
[1541] *Texarkana Construction Co. V. Alpine Construction Specialities, Inc*. 489 S. W. 2d 941.
[1542] Por su parte, nos preguntamos si el RINP pudiera operar en este caso particular. Se trata de tres actores, un contratista general y dos subcontratistas. De acuerdo a la doctrina del RINP el deber de actuar de buena fe en la negociación por parte de Texarkana se vislumbra en el tramado negocial entre Texarkana y East Texas, pero la pregunta es si ese deber de buena puede extenderse al segundo subcontratista Alpine que no fue parte de la negociación inicial. De acuerdo a los principios del RINP es probable que la ruptura injustificada de negociaciones preliminares cambie de fisonomía entre la relación entre el contratista (Texarkana) y el segundo subcontratista (Alpine) por cuanto entre ellos no existe una negociación preliminar, lo que existe es una promesa del contratista de pagar a East Texas lo que en principio el primer subcontratista East Texas estaba obligado contractualmente a pagar a Alpine. La teoría del RINP no podría aplicar a la relación entre Texarkana y East Texas por cuanto no tienen ninguna negociación preliminar que pueda romperse injustificadamente. Lo que existe es una ruptura contractual entre East Texas y Alpine.

Se entiende claramente que el "estoppel" se usa como un escudo ("shield") cuando en realidad el "*promissory estoppel*" puede usarse como espada ("sword"), como en el caso de demandar daños basados en la teoría del PE ("*promissory estoppel*").

Otro caso parecido al de *Jamestown Terminal Elevator*[1543], lo encontramos en el caso *Klinke v. Famous Fried Chicken*, 94 Wn. 2d 255 (1980), 616 P. 2d 644[1544], donde la Corte rehusó usar la teoría del Estatuto de fraudes en el caso en el que el demandante gane daños contra el demandado por "*detrimental r*eliance" por dos razones: primero porque el estatuto de fraudes solamente aplica a contratos con consideración, y por lógica no se usaría el estatuto de fraudes en situaciones que no califican como contratos por carecer de consideración, y segundo porque el estatuto no puede usarse como una herramienta para amparar el propio fraude usada por una parte.

Específicamente el caso fue que el demandante Klinke demanda a la compañía Famous Fried Chicken, Inc, por daños en el monto de $200,000 por cuanto Famous incumplió con los términos de un acuerdo oral.

En 1974, Famous entregó una licencia para operar Famous en Yuba City, Carlifornia por 10 años. Klinke le dio $1,000 a Famous y Famous comprobó que el sitio escogido por Klinke cumpliera con las especificidades de Famous. Posteriormente, Klinke le comunicó a Robert Skinner, de la compañía Famous, su deseo de mudarse a Washington, y Skinner aceptó que, si Klinke dejaba su trabajo, iba a Washington y buscaba un sitio adecuado para la compañía, Famous conseguiría los permisos respectivos de la ciudad. Pero en este acuerdo no hubo intercambio de dinero por promesas.

En agosto de 1975, basado en los acuerdos con Famous, Klinke deja su trabajo en Alaska y se muda a Tacoma. En abril de 1976, Famous le notifica a Klinke su decisión de dejar el proyecto de Washington y que no iba a existir el "franchise".

Famous argumentó que el acuerdo con Klinke, el cual era de naturaleza oral, era inválido según lo dispuesto en el Estatuto de Fraudes. Sin embargo, la Corte explicó que el intento de Famous de utilizar el Estatuto de Fraudes equivaldría a respaldar el propio fraude cometido por Famous, ya que Klinke había actuado confiando en la promesa hecha por Famous. La Corte también señaló que el promissory estoppel puede ser una herramienta válida para buscar daños en

[1543] *Jamestown Terminal Elevator, Inc. v. Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976).
[1544] *Klinke v. Famous Fried Chicken*, 94 Wn. 2d 255 (1980), 616 P. 2d 644.

acuerdos que carezcan de consideración, pero que estén respaldados por el principio del *promissory estoppel*.

Otro caso interesante sobre la interacción entre el PE con el SOF lo tenemos en el caso *Greiner v. Greiner*[1545]. El caso *Greiner v. Greiner* es ilustrativo de esa interacción. En este caso una madre promete a su hijo Frank Greiner una porción de tierra de 80 acres en una zona determinada de Mitchel County en Kansas, a consecuencia de que el padre de Frank había fallecido y no había dejado nada en el testamento para Frank (y tampoco para el otro hijo, Nicolás al que luego la madre le dio $2000; pero esa es otra historia porque a Nicolás, Henry, Frank y Kate, solamente el padre les dejó $5 por cabeza). El caso es que Frank, esperanzado en las promesas de su madre Maggie Greiner, decide abandonar su hogar en Logan County, y se muda a Mitchell County junto con su familia a la casa de los 80 acres que su madre le había prometido. Resulta que la madre cambia de opinión y decide no entregar el título de propiedad a Frank. La madre Maggie Greiner demanda a su hijo Frank Greiner pero Frank contrademanda para que se le entregue el título de propiedad de los 80 acres junto con la casa. La Corte dio la razón a Frank y la madre apeló, pero la Corte Suprema de Kansas convalida la decisión de la Corte a quo (de primera instancia).

La Corte revisó este caso en extenso, especialmente la tesis de la parte demandada (la madre Maggie Greiner) que sostenía que Frank no había prometido nada a cambio de la tierra que se le iba a entregar (los 80 acres). La Corte no utilizó la teoría de la consideración para resolver el caso, puesto que a todas luces no existía un intercambio de promesas, o sea no había en *strictu sensu* un contrato clásico de intercambio de prestaciones o contraprestaciones o contrato sinalagmático. La Corte usó la teoría del promissory estoppel del Primer Restatement (sección 90 del Primer Restatement) que explica que la promesa que es "definida y sustancial" induce a un cambio de posiciones en el aceptante es vinculante. Esta teoría es la misma que la del Segundo Restatement de los Contratos, la única diferencia es que en el Segundo Restatement de los Contratos ya no se usa el término "definido y sustancial" para calificar a la promesa. Sin embargo, el común denominador de ambas secciones es la promesa que induce al aceptante a actuar, y como consecuencia de dicha actuación le genera daños que deben ser indemnizados a partir del dictado de la justicia.

[1545] *Greiner v. Greiner*, 58 Cal. 115 (Cal. 1881).

Asimismo, es importante destacar que la Corte escuchó el testimonio de los otros herederos que fueron testigos de la promesa de Maggie Greiner. El único problema es que al momento de realizar la promesa (darle los 80 acres a Frank) no estaba bien definida la posición o ubicación de dicho terreno, pero después Maggie Greiner se encargó de hacerlo definitivo cuando le puso a disposición el terreno donde Frank construyo su casa, se mudó con toda su familia al Condado Mitchel, hizo reparaciones de la propiedad y luego solicitó que el título de propiedad le sea entregado. La Corte falló a favor de Frank, disponiendo que Maggie Greiner tenga que otorgarle el título.

El caso de *Greiner v Greiner* es interesante porque da paso a que un contrato oral que verse sobre un terreno pueda ser vinculante. Esto es interesante porque el Estatuto de fraudes es tajante en impedir dar efectividad o vinculatoriedad a cualquier contrato oral que verse sobre propiedad real por reputarlo de inseguro y falto de un contrato por escrito que logre superar la sospecha de fraude que ronda a los tratos orales, especialmente referente a las transacciones de transferencias de inmuebles.

Ahora bien, otro caso que intenta dar respuesta a este posible debate entre el Estatuto de fraudes y el promissory estoppel lo trae un caso reciente de la Corte de Kansas, es el caso *Bouton v. Byers*[1546], en la Corte argumentó que es posible que un contrato oral sobre propiedad pueda ser vinculante si el objeto estaba bien definido:

> En Greiner, por ejemplo, una serie de representaciones orales entre un padre y un hijo adulto con respecto a la transferencia de tierra llegó a ser vinculante a través del promissory estoppel para efecto de transferir una propiedad particular específica, haciendo la promesa perfectamente definida. (*Bouton v. Byers*, 321 P.3d 780 (Kan. Ct. App. 2014).

Y a propósito de *Bouton v. Byers*, este caso versa sobre una promesa que un padre hace a su hija para que su hija le ayude al padre en las tareas de su rancho. El caso trata que la hija era una profesora de Derecho de la Universidad de Bashburn Law School, donde ganaba $100,000 al año. El padre Bouton promete a su hija que le dejaría el rancho en calidad de herencia si la hija abandonara la posición de profesora y se mudaba al rancho a ayudarle y que dicha herencia iba a ser no menos de un millón de dólares. La hija Bouton, confiada en la relación familiar, omite poner esta promesa por escrito y por el contrario confía en su padre y se muda al rancho con su esposo y

[1546] *Bouton v. Byers*, 321 P.3d 780 (Kan. Ct. App. 2014).

su familia. Incluso vende su casa en Orange County, renuncia a su trabajo de profesora en la Universidad en la primavera del 2005, ya que tenía para trasladarse al rancho y vivir en la casa de Hill House. Una vez en el rancho, el padre dispone un salario para ella de $32,000 al año, y participación en las utilidades de la compañía.

El contrato de trabajo con su padre se firmó en el año 2006. En diciembre 2008, el padre la despidió y comenzó a cobrarle renta por vivir en la casa de Hill House, entonces la hija se mudó a su condado original a la mitad del 2009. En el año 2009, el rancho se vendió y la corporación solamente le dio a la hija $32,000 por su participación en las acciones. La hija regresó a su trabajo en calidad de tiempo parcial, no a tiempo completo. La hija demanda al padre por los beneficios laborales y por las acciones de la compañía. Después de esta acción judicial, la hija emprende otra acción judicial basada en promissory estoppel en la cual demanda al padre a que se le compense por los daños sufridos al haber abandonado su trabajo a tiempo completo y luego recuperarlo a tiempo parcial.

Al final la Corte de apelaciones revierte la sentencia a favor del padre y devuelve el caso a la Corte inferior a fin de realizar el juicio sobre los hechos del promissory estoppel.

Este caso de *Bouton v. Byers* no solamente es interesante porque se basa en cierta manera en el caso *Greiner v. Greiner*, sino porque fundamentalmente, el Juez delinea dos cosas:

Primero, la doctrina de promissory estoppel, se basa en tres fundamentos importantes: a) Un ofertante razonablemente espera que el aceptante actúa en confianza y creencia en la promesa, b) el aceptante, en retorno, razonablemente actúa en concordancia, c) si la corte rehúsa dar efectividad a tal promesa entonces una injusticia sustancial se generaría.

Segundo, la doctrina del promissory estoppel se basa en una promesa, en una representación, lo que es diferente a la doctrina del *equity estoppel* (basado en la justicia o equidad) donde es necesario que exista una falsedad (*misrepresentation*). (*Bouton v. Byers*, 321 P.3d 780 (Kan. Ct. App. 2014)

Es necesario aclarar que la Corte también observa la potencial colisión entre el Estatuto de Fraudes (que tiende a prevenir la vinculatoriedad de cualquier contrato sobre transferencias de propiedad inmueble que no estén plasmadas en un contrato escrito) con la teoría del Promissory Estoppel en el caso de promesas sustanciales y definidas pese a que sean orales. El Juez lo expresó de la siguiente forma:

> "El estatuto de defraudaciones tiene por objeto prevenir el fraude o la injusticia, por lo que no podrá ser invocado como escudo de conductas que producirían injusticia. El estatuto de fraudes cede ante circunstancias equitativas apremiantes. Bajo los hechos de este caso desarrollados en el expediente del juicio sumario, el estatuto de fraudes no prevalecería sobre un reclamo promisorio de impedimento para la restitución."[1547] (*Bouton v. Byers*, 321 P.3d 780 (Kan. Ct. App. 2014).

La conclusión de estos extensos análisis de casos y teorías legales es que el concepto de Promissory Estoppel ha evolucionado para desempeñar un papel crucial en el derecho contractual, especialmente en situaciones donde los acuerdos verbales entran en conflicto con el Estatuto de Fraudes. Casos como *Jamestown Terminal Elevator, Inc. v. Archie Hieb* y *Greiner v. Greiner* ilustran cómo el Promissory Estoppel puede prevalecer sobre el Estatuto de Fraudes, evitando que este último se use injustamente para cometer fraudes. A través de estos casos, se demuestra que la equidad y la justicia pueden y deben superar a las formalidades contractuales, especialmente cuando la confianza justificada y la fiabilidad en una promesa oral resultan en un detrimento sustancial.

Además, estos casos resaltan que, aunque el Estatuto de Fraudes pretende prevenir el fraude y la injusticia, su aplicación rígida puede, en realidad, facilitar el fraude. La jurisprudencia ha mostrado que, en ciertas circunstancias, como en *Bouton v. Byers*, la equidad puede y debe intervenir. El Promissory Estoppel actúa como un balance entre prevenir el fraude y asegurar la justicia contractual, demostrando que los principios legales deben aplicarse de manera que prevengan la injusticia y promuevan la equidad, incluso en situaciones donde no existe un contrato formal por escrito.

[1547] Por su parte, la teoría del RINP no podría prestarnos su asistencia por cuanto en este caso estamos frente a promesas entre miembros de una familia hechas para facilitar el trabajo de la hija por parte del padre. No hay conato ni intento de negociar ningún trato y por lo tanto no hay posibilidad de un rompimiento de una negociación preliminar. Es decir, el RINP podría llegar al mismo resultado, pero realizando un viaje un poco más largo. Primero, en una legislación del *civil law* que acepte la presencia de un Estatuto de Fraudes, como el caso de Francia, por ejemplo, habría que determinar si existe una excepción a ese estatuto de fraudes motivado por la equidad, tal cual se hizo con el caso Famous. De ser así, el otro obstáculo es el de demostrar que, siguiendo al caso en cuestión, Klinke actuó en función a las promesas de Famous quien no actuó de buena fe al quebrar sus promesas. Sin embargo, el problema que vemos es que Famous argumentaría que no existe mala fe y que su buena fe radica en que su actuar se basó en contemplación del estatuto de fraudes, de modo que su argumento de que actuó de buena fe tendría que ser rebatido por Klinke, con lo cual se añade un obstáculo innecesario que el PE no lo tiene.

5.4. Circunstancias imprevistas subsecuentes

Los redactores del Segundo Código de los Contratos (de 1979[1548]) reconocieron otra excepción a la regla de la obligación preexistente en la Sección 89(a) para casos sobre circunstancias imprevistas. En el primer código no existió una sección equivalente a la del 89(a). Además, en el Segundo Código la regla de la obligación preexistente está dividida en dos secciones (sección 73 y 89) toma en cuenta muchos aspectos en sus subsecciones que resultó en una aplicación desigual.

Sección 89 (a) establece:

> Una promesa modificando una obligación en un contrato no completo totalmente para cualquier parte es ejecutable (a) si la modificación es justa y equitativa en vista de circunstancias imprevistas por las partes al momento en que el contrato fue celebrado"[1549]

Los casos típicos que el Código mismo plantea son:

- Si A acuerda por contrato escrito excavar un sótano por un precio específico, y después encuentra roca sólida de forma imprevista, de modo que A notifica a B. Ambas partes oralmente acuerdan que A removerá la roca a un precio razonable pero nueve veces más que el usado en computar el precio original. Cuando A complete el trabajo, B está obligado a pagar el precio incrementado.

- Si A contrata con B para proveer un carrito para la ropa sucia para un edificio por $300.00 que B ha contratado construir con el gobierno por $150,000.00. Luego A descubre que cometió un error en el tipo de material a ser usado y debería haber ofrecido solamente $1,200.00. Luego A ofrece proveer el carrito por $1,000.00, eliminando la ganancia. Después de asegurar que otros proveedores proveerían el carrito por más dinero, B acuerda. El nuevo acuerdo es ejecutable.

- Juan es empleado por Pedro como diseñador de abrigos a $90.00 por semana por un año empezando en noviembre 1ro bajo un contrato escrito ejecutado en Setiembre 1. Luego otra compañía le ofrece a Juan $115.00 y Juan informa de este hecho a Pedro. Juan y Pedro acuerdan que Pedro le pagará $100.00 por semana empezando en octubre ejecutando un nuevo contrato para tal efecto, y simultáneamente rompiendo el antiguo contrato. El nuevo contrato es válido.

[1548] Second Restatement of Contracts [SRC]. 1981. (EE.UU.)
[1549] Second Restatement of Contracts [SRC]. 1981. (EE.UU.)

- Juan es contratado para manufacturar y vender a Pedro 2,000 techos de acero para jaulas de maíz a $60.00. Antes que Juan empiece a manufacturarlos, el riesgo de una huelga nacional del acero hace que el costo del acero se incremente en $10.00. Luego Juan y Pedro acuerdan oralmente incrementar el precio a $70.00 por techo. Juan manufacturar y entrega 1,700 techos y Pedro paga $1,500 al precio incrementado sin protesta. El nuevo acuerdo es válido.

La injusticia, ineficiencia y potencial pérdida generada por situaciones inesperadas constituyen una justificación suficiente para buscar la modificación del contrato, y superar así la sospecha de coerción que tal modificación podría conllevar.

Hay un par de casos del siglo diecinueve que conviene estudiar. El primero es un caso de Nueva York (*Meech v. City of Buffalo,* 29 N.Y. 198, 210, N.Y. 1864), cuya decisión se basa en una mezcla de las teorías del riesgo imprevisto y la "dependencia" o "confianza" (*reliance*), en el que un Municipio acordó pagar más a un contratista de limpieza de desagües que encontró de improviso unos sacos de arena, tornando el trabajo dos veces más caro.

Otros casos similares que sigan la línea de *Meech v. City of Buffalo* los podemos encontrar en *Blakeslee v. Bd. of Water Com'rs of City of Hartford*, 139 A. 106, 112 (Conn. 1927, envolviendo circunstancias no contempladas por las partes; *Curry v. Boeckeler,* 27 S.W.2d, 473, 475 (Mo. 1930), lidiando con dificultados desconocidas o no anticipadas por las partes cuando el contrato fue ejecutado; *Goebel v. Linn*, 11 N.W. 284, 286, 47 Mich. 489 (Mich. 1882), estableciendo que una modificación era válida porque el comprador libre e independientemente acordó a un precio mayor debido a una circunstancia imprevista, donde la regla de la obligación preexistente no fue mencionada.

En *King v. Duluth Ry. Co.,* 61 Minn. 482, 63 N.W. 1105, 1107 (1895), la Corte citó a *Meech v. City of Buffalo* declarando que la circunstancia imprevista constituía consideración suficiente para validar la modificación.

Sin embargo, un caso anterior en Minnesota había declarado que una modificación concerniente a un contrato de excavación debido a rocas encontradas de improviso era inválida e inejecutable bajo la postura de la responsabilidad objetiva contractual donde el precio original era conservado independientemente del grado de dificultades. *King v. Duluth Ry. Co.*, 61 Minn. 482,

63 N.W. 1105, 1107 (1895); *Nash v. St. Paul,* 23 Minn. 132 (1876); see also *Paradine v. Jane, Aleyn* 26, 82 Eng. Rep. 897 (1647).

El grado de imprevisibilidad no requiere ser inmenso dada la relación de continuidad de las partes y, como lo estableció la Corte en el caso *King v. Duluth Railway*, los hechos "son suficientes si son de tal carácter que la demanda por un pago extra es justo" y suprime además las sospechas de coerción.

De acuerdo a la sección 89(a) del Segundo Sumario de Contratos, la modificación no requiere nueva consideración cuando existen circunstancias imprevistas cuando el contrato original fue ejecutado. Pero la mayoría de los casos citados por la sección 89(a), solamente dos decisiones se ejecutaron sin requerir consideración, pero el resto de decisiones fue racionalizado bajo la lógica de la consideración. Hay un caso que no requirió el análisis de la consideración *Watkins v. Carrig*, 91 N.H. 459, 21 A.2d 591, 593 (1941), porque se basó en la lógica de la donación y la ficción de la recisión.

La modificación en *Watkins v. Carrig* fue hecha basada en la lógica de la "intención de las partes" y su "mutuo entendimiento que el precio contractual no iba a controlar". La Corte de New Hampshire avaló la modificación del contrato basado en un hecho imprevisto cual fue el de encontrar roca sólida al momento de excavar un sótano, considerando las necesidades razonables de prácticas regulares y éticas de los hombres en los negocios.

6. Diferentes posturas doctrinales con respecto al promissory estoppel y su eficacia

6.1. El Promissory Estoppel y la teoría de Cardozo

En la decisión de Cardozo en el caso *De Cicco v. Schweizer*[1550], podemos concluir que su enfoque no estaba en promover directamente la teoría del "Promissory Estoppel" como tal, sino en buscar la justicia en un acuerdo que carecía de la "consideración" clásica en el derecho contractual. Cardozo buscaba validar el acuerdo sobre la base de la confianza y el detrimento ("detrimental reliance") que sufrió una de las partes al actuar basándose en la promesa de la otra. Su decisión refleja un esfuerzo por adaptar los principios legales a la realidad y la equidad de las

[1550] *Attilio De Cicco, respondent v. Joseph Schweizer*, Appellant, impleaded with another. Court of Appeals of New York, argued October 15, 1917, decided November 13, 1917. 22 NY 431. (1917).

situaciones particulares, más allá de las formalidades contractuales rígidas. Esta decisión se ha convertido en un precedente significativo en la evolución del derecho contractual, demostrando una transición hacia una mayor consideración de la justicia y la equidad en la interpretación de los acuerdos.

El caso de De Cicco se gesta de la siguiente manera. El 16 de enero de 1902, el Señor Joseph Schweizer y su esposa Ernestina entran en un acuerdo con el Conde Oberto Gulineli. El acuerdo estuvo en italiano, y la parte pertinente reza así:

> Considerando que la Señorita Blanche Josephine Schweizer, hija del Señor Joseph Schweizer y de la Señora Ernestina Teresa Schweizer, que está comprometida para casarse con el Conde Oberto Giacomo Giovanni Francesco Maria Gulinelli, ahora, en consideración de todo lo antedicho, el Sr. Joseph Schweizer promete y expresamente promete por el presente contrato a pagar anualmente a su hija Blanche, durante su propia vida y a mandarle a ella, durante la vida de ella, la suma de dos mil quinientos dólares, o el equivalente en francos, el primer pago de dicha cantidad a ser hecha el 20 de Enero de 1902. (*De Cicco v. Schweizer*. Court of Appeals of New York, argued October 15, 1917, decided November 13, 1917. 22 NY 431. (1917)).

El matrimonio ocurrió el 20 de enero de 1902. El mismo día se produjo el primer pago a su hija, y continuó haciendo pagos hasta 1912, fecha en la que se paralizaron dichos pagos y se inició esta acción para recobrar los pagos de dicho año. La pregunta fue si había "consideración" por la promesa de los pagos de la anualidad.

Cardozo razona que el matrimonio no podría ser consideración de la promesa de pagar la anualidad porque el Conde ya estaba comprometido a casarse con su novia y lo hubiera hecho aún sin existir la promesa del demandante de por medio. Cardozo cita los casos que dan soporte a la regla que dicta que la promesa de "A" hacia "B" para inducirle a que no rompa el contrato con "C" es nula. Sin embargo, Cardozo piensa, el escenario es distinto cuando la promesa es de "A" hacia "B" y "C" juntos, para inducirles a que "B" y "C" no rescindan su contrato o no lo modifiquen o no lo abandonen.

Es decir, el punto novedoso que Cardozo propone es que si la promesa del futuro suegro al Conde y a la novia, es hecha a ambos y no solamente a uno solo, entonces la historia sería diferente porque ya no estaríamos en los trebejos de la antigua norma que dice que es nula la promesa hecha a una sola parte. Para cumplir con su cometido, Cardozo recurre a "inferencias" para lograr probar que ambos conocían de la promesa del suegro:

> El hecho que ella se enterase de la promesa antes del matrimonio es una legítima inferencia de la relación de las partes y de otras circunstancias. El contrato fue firmado por los padres de ella; fue entregado a su futuro marido; fue hecho cuatro días antes del matrimonio; versaba sobre un pago a ser hecho el día del matrimonio; y en el día del matrimonio, el pago fue hecho a ella. De todas estas circunstancias, debemos inferir que al tiempo del matrimonio la promesa fue conocida por la novia y por el marido, y que ambos actuaron confiados en ella. *De Cicco v. Schweizer*. Court of Appeals of New York, argued October 15, 1917, decided November 13, 1917. 22 NY 431. (1917)

Además, no existe ninguna prueba que diga si efectivamente la novia sabía de la existencia de la promesa de su padre hecha al novio (el Conde). Está claro que los padres de la novia hicieron la promesa al Conde, pero no está claro si los padres quisieron que la novia se enterase de dicha promesa. Simplemente Cardozo "infiere" o trata de leer entre líneas -o "más allá de las líneas"- cuando piensa que por el hecho de que la novia recibió $2,500 el día de su boda ella tendría que saber que sus padres hicieron una promesa al Conde.

Esa inferencia es un exceso de imaginación. En el día de las bodas las novias reciben muchos regalos de invitados, y no es de extrañar que la novia reciba un regalo de $2500 de sus propios padres. Es una inferencia irreal la que hace Cardozo. Pero para seguir con el hilo del razonamiento, pretendamos que dicha inferencia no es irreal, y que efectivamente la promesa se hubiese hecho a ambas partes.

Si fuese así, Cardozo cree encontrar una nueva consideración en el actuar de ambas partes (el Conde y la novia), pero el actuar de ambas partes es simplemente el contraer matrimonio, lo que es un hecho ya previsto por el compromiso antecedente del noviazgo. Si estamos ante un contrato unilateral donde la aceptación de la oferta se concreta por medio de una acción, en este caso es el matrimonio, y si fuera así ¿qué diferencia hace que el matrimonio sea ejecutado solamente por el Conde –sin conocimiento de la novia- que el matrimonio sea ejecutado por el Conde con conocimiento de la novia? ¿qué diferencia hace si al final ambos se casan?

Cardozo pretende encontrar la respuesta en el sentido de que, si la promesa es dirigida hacia ambo novios, entonces la promesa estaría disuadiendo a ambos a no echarse para atrás a último minuto, a no desistir de su pretensión final de contraer matrimonio. Cardozo piensa que ambos novios siempre tienen la libertad de no contraer matrimonio, de quebrar el compromiso y no casarse. ¿Pero la pregunta que surge es si realmente la promesa de dar una anualidad de $2,500 a la pareja conminaría a que la pareja se case porque existe el incentivo del dinero? Es decir, ¿podrían los padres de la novia demandar a ambos novios y obligarles a contraer matrimonio si alguno de

ellos decide no casarse? La respuesta es no. Los padres de la novia no podrían obligar a que los novios contraigan matrimonio solamente porque existió de por medio la promesa de donar $2,500 a la pareja. Y si los padres no podrían demandar y obligar a la pareja, entonces ¿dónde está el beneficio para el padre? La respuesta es que no existe ningún beneficio para el padre o para los padres (ya que ambos padres son los que prometen donar la anualidad). ¿Y podría encontrarse algún detrimento en el actuar del Conde o de la pareja?

Para Cardozo el detrimento estaría no solamente en el acto de contraer matrimonio, sino en el hecho de que el Conde o ambas partes desisten de ejercitar su derecho a renunciar a casarse. Y si éste fuese tal vez el detrimento que pretende encontrar Cardozo, la pregunta es ¿de dónde infiere Cardozo de que la pareja podría desistir al matrimonio? ¿Existe alguna inferencia –para usar las palabras de Cardozo- de que la novia tiene la inclinación de quebrar compromisos? ¿Existe alguna inferencia de que el Conde podría rehusar contraer nupcias a último minuto? No existe tal inferencia, y como no existe tal inferencia, el supuesto detrimento es una mera conjetura, una especulación.

Lo cierto es que este acuerdo no es más que una donación, un regalo sin ninguna "consideración". Y es el mismo Cardozo quien expresa en su decisión que su decisión está basada en el "orden público" que impulsa las promesas referentes al matrimonio. ¿Y quién determina la conducción, la dirección y el contenido del orden público imperante si no es la Constitución, las leyes gobernantes, y la sociedad en un determinado momento histórico? Y si es el orden público el que al final dictamina la vinculatoriedad de los acuerdos referentes al matrimonio, ¿qué papel tendría el detrimento (detrimental reliance) o el "promissory estoppel? Ciertamente ninguno.

Sin embargo, como veremos a continuación, alguna sección de la doctrina ve en este caso la piedra angular del futuro desenvolvimiento del promissory estoppel.

De otra parte, la opinión concurrente del Juez Crane es importante de estudiar. Crane piensa que estos acuerdos de matrimonio son vinculantes porque la consideración es el matrimonio. Y Crane llega a esta conclusión a partir de sus propias inferencias.

¿Y a partir de dónde saca estas inferencias? Las extrae de su propio análisis de los hechos: el abogado de los padres de la novia preparó el acuerdo que fue firmado por el Conde el día 18 de enero, y después de dos días, el Conde se casa. Esta inferencia es en realidad más irreal que la de Cardozo al sostener que la novia tenía conocimiento de la promesa de los padres al Conde solamente porque recibió la anualidad el día de su boda.

Sin embargo, el análisis de Corbin (1918) es un poco diferente, aunque llega el mismo resultado. (p. 364) Piensa que la promesa que hace el padre de la novia a ambos, tanto a su hija como al Conde, no es en realidad a ambos, y tal línea de razonamiento es imprecisa. Y Corbin (1918) lo expresa así:

> Parece ser muy probable que la promesa del demandado en este caso fuera hecha al Conde solamente, y que la hija fuera meramente una beneficiaria. La Corte dice: 'aunque la promesa pasa por el Conde, fue pensada para el beneficio de la hija'… pero esto no hace que la hija sea la aceptante y no hace que su acto sea una consideración por la promesa del demandado. (pp. 364-365)

Asimismo, Corbin (1918) piensa un poco diferente a la línea de pensamiento de Cardozo en su decisión. Corbin no piensa que la novia y el Conde estaban en disposición de romper su compromiso. "No sirve ningún propósito decir que eran 'libres de abandonar' su compromiso, si al mismo tiempo admitimos que ninguno de ellos era libre de abandonarlo" (p. 365).

Y sigue Corbin (1918) apartándose del razonamiento de Cardozo cuando opina que la obligación preexistente del Conde hacia la novia, podría servir también como consideración a la promesa del padre de la novia.

Parece, por lo tanto, que la realización de una obligación contractual debida a una tercera parte satisface los usuales requerimientos de la ley con respecto a la consideración. Es un beneficio al promitente, C; es un detrimento al que cumple con la obligación, A; es la inducción convencional y equivalente del acto de C. ¿Hay algún principio imperioso de orden público que impida a que las cortes lo reconozcan como suficiente para vincular la promesa de C"? (Corbin, 1918, p. 365).

Entonces Corbin (1918) se aparta de Cardozo en tres aspectos: 1) Corbin piensa que la promesa del Conde a la novia puede muy bien ser la consideración de la promesa del padre de la novia. 2) Si hay mutualidad de obligaciones, entonces estamos frente a un contrato bilateral, y no frente a uno unilateral. 3) La promesa del padre de la novia fue dirigido solamente al Conde y no a la novia, a diferencia de lo que piensa Cardozo de que la promesa fue dirigida al Conde y a la novia. (p. 372)

Luego Corbin (1918) sospecha que el concepto de consideración pueda ser que sea errado: "El hecho es que 'consideración' es un concepto indefinido y nebuloso. Nuestros esfuerzos en definirlo han sido armoniosos y sin éxito por la razón que una gran variedad de hechos debe ser

incluidos." (p. 376)[1551]. Y los esfuerzos de Corbin (1918) por hacer funcionar esta "consideración" van más allá. Corbin (1918), piensa que no hay nada imposible en hacer derivar dos obligaciones independientes del solo acto de A. "El hecho que A podría haber satisfecho su obligación a B y su obligación separada a C a través de la realización del mismo hecho es inmaterial y muestra ninguna identidad en las relaciones legales." (pp. 377-378). Y como prueba de ello, Corbin (1918) piensa que si el Conde –que está obligado por partida doble frente a la novia y al padre de la novia- rompe el compromiso de casarse con la novia, el Conde seguiría –en el pensamiento de Corbin- siendo responsable de cualquier daño producido al padre de la novia porque la promesa con el padre de la novia es un contrato independiente del acuerdo de la novia con el Conde.

Y con todas estas lucubraciones, Corbin (1918) llega al mismo punto de Cardozo, en el sentido de que el acuerdo entre el Conde y el padre de la novia es un contrato vinculante e independiente. Tal vez ambos lleguen al mismo resultado por caminos diferentes. El tema es que la consideración planteada como beneficio para el promitente o detrimento para el aceptante, es flexibilizada y ampliada para dar cabida en su noción a figuras como la confianza detrimental (detrimental reliance).

Volviendo al tema de Cardozo, estas inferencias parecen apuntar su razonamiento en la misma o casi en la misma dirección de Crane. Para Davis (1993), pese a que Cardozo hizo esfuerzos para que este caso encajara dentro de los trebejos de las consideraciones, en realidad lo que estaba postulando era los inicios de la doctrina del "promissory estoppel" (promesa vinculante), en el que el "reliance" (confianza) del aceptante juega un papel preponderante. El tema de la promesa vinculante ("promissory estoppel") está fuertemente imbuido del "reliance" (confianza), puesto que es una promesa gratuita la que genera que la otra parte confíe en tal promesa, y esa confianza es la que hace vinculante a la promesa, pese a no existir consideración. (p. 791)

Pero es preciso recordar que la etiqueta de "*promissory estoppel*" es acuñada por Samuel Williston a principios de 1920[1552], y la opinión de Cardozo en De Cicco se da en el año 1917. Asimismo, Winthrop Ballantine cuestionó la rígida teoría de la consideración, proponiendo justamente que una promesa puede ser vinculante cuando una de las partes haya confiado (reliance)

[1551] En el mismo sentido Gordley también hace hincapié en el footnote 107 de su obra al referirse a Corbin y manifestar que la teoría de la consideración es "un concepto indefinido y nebuloso" y que los esfuerzos por definirlo han sido "discordantes y poco exitosos". (Gordley, J. (1995). Enforcing Promises. *83 Cal. L. Rev. 547*, p. 564, ft 107).

[1552] Williston (1938, p. 199). Tambien Perillo (2003, p. 253).

en dicha promesa. Sin embargo, como el mismo Cardozo opina en *De Cicco*, el orden público es el que dio el carácter vinculante a las promesas relacionadas con el matrimonio. Entonces, si el orden público tiene tanta enjundia para dar vinculatoriedad a promesas desnudas de consideración, la pregunta recurrente es por qué echar mano de una doctrina como el "promissory estoppel" con el fin de "evitar injusticias" cuando en sí el orden público es el que da contenido a dicha "justicia".

El promissory estoppel viene a ser una respuesta a las falencias de la teoría de la consideración, pero para que valga esta promesa vinculante es necesario que la parte demandante experimente un daño a partir de un cambio de posiciones generado por la promesa hecha, de lo contrario la promesa no será vinculante[1553].

La conclusión que se extrae de la decisión de Cardozo en el caso *De Cicco v. Schweizer* es que, aunque no fue su intención directa promover la doctrina del "Promissory Estoppel", su fallo contribuyó significativamente a su desarrollo. Cardozo buscaba hacer justicia en un acuerdo que carecía de la "consideración" tradicional, centrándose en la confianza y el detrimento ("detrimental reliance") sufrido por una de las partes. Su decisión destacó la importancia de considerar la equidad y la justicia en los contratos, más allá de las formalidades legales y técnicas de la consideración. Así, aunque no tenía como objetivo inicial formular o promover el concepto de "Promissory Estoppel", su enfoque en la confianza y el detrimento influyó en el reconocimiento y la evolución de esta teoría.

El caso *De Cicco v. Schweizer* se centra en un acuerdo relacionado con un matrimonio y una promesa de pago hecha por los padres de la novia al novio. Cardozo argumentó que, aunque el matrimonio en sí mismo no podría ser consideración para la promesa de pagar una anualidad, la situación era diferente cuando la promesa se hacía a ambos, el novio y la novia. Aquí, Cardozo

[1553] De otra parte, conviene precisar si la teoría de la RINP (ruptura injustificada de negociaciones preliminares) podría en este caso De Cicco, brindar algunas luces para dilucidar si la CIC (culpa in contrahendo) en la figura de la RINP, pueden dar respuesta a este tema. Si la parte que brinda una promesa indemnizatoria es el padre de la novia hecha al Conde (y presumiblemente a la novia también) para que se desistan de no interrumpir las nupcias venideras, y si los novios confían en esta promesa realizando pagos de la celebración de la boda (más invitados, más comida, mejor preparación para la recepción, etc), estos novios se verían afectados si el padre de la novia no cumple con su promesa justo después que los novios contraen matrimonio y el padre se niega a pagar lo prometido. En realidad, no existe consideración por cuanto el rehusar desistirse de no echarse para atrás antes de casarse no es un detrimento que sea la respuesta a la promesa del padre de la novia. No se trata de una negociación preliminar donde el padre la novia tenga la obligación de actuar de buena fe y sufre la posibilidad de recibir una penalidad o soportar la carga de indemnizar a los novios si el padre de la novia se niega a cumplir con su promesa (que es la de pagar $2,500 a los novios.) No podríamos estar hablando de una negociación preliminar por cuanto no hay un intercambio de patrimonios o promesas, ya que los novios se iban a casar independientemente de la promesa del padre de la novia; de modo que la figura del RINP no es muy efectiva en este escenario.

utilizó inferencias para concluir que ambos estaban al tanto de la promesa y actuaron basándose en ella. Su razonamiento sugiere que, si la promesa está dirigida a ambas partes y disuade a ambas de rescindir su compromiso, entonces podría haber una base para considerar la promesa vinculante. Esta interpretación de Cardozo, aunque no fue explícitamente un argumento del "Promissory Estoppel", ciertamente pavimentó el camino para su desarrollo y aplicación futura en situaciones donde la justicia y la equidad son fundamentales.

6.2. El caso del "parol evidence rule" v. promissory estoppel

El *Parol Evidence Rule*[1554], es la regla que explica que ninguna promesa oral que se realice contemporáneamente a la ejecución de un contrato escrito es válida para contradecir[1555] lo pactado por escrito[1556]. Ello conlleva a proporcionar de garantía y dar seguridad al sistema contractual, de modo que previene que una parte argumente con posterioridad a la celebración de un contrato escrito que dicha parte prometió o le prometieron algo que no estaba explicado en el contrato escrito.

A propósito de este tema tenemos el caso *Prudential Insurance Co. Of America v. Clark*[1557], donde Steve (una persona en busca de un seguro de vida) entra en tratativas con Brumell (representante de la compañía aseguradora Prudential Insurance Comany of America) para comprar un seguro de vida que no tenga exclusiones de cobertura en caso de muerte en campo de batalla. El premio de la póliza era $10,000.00. Posteriormente, Prudential le envió la solicitud a Steve para llenar cierta información. La póliza, sin embargo, nunca fue entregada a Steve porque

[1554] Bridgeman explica que la Regla de la Evidencia Parol, en su forma clásica, impide la introducción de pruebas sobre el contenido de un acuerdo más allá del propio contrato escrito. Esto significa que, incluso si hay pruebas convincentes de que una promesa incluyó un acto no expresado en el escrito, el tribunal no lo permitirá. (Bridgeman, C. (2008). Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy: Positivism, Formalism, And the Specification of Rules in Contract Law. *29 Cardozo L. Rev.*, pp. 1443 y ss.).

[1555] Bowers describe la Regla de la Evidencia Parol como una norma del derecho contractual que impide la introducción de pruebas extrínsecas para alterar o contradecir los términos de un contrato escrito. (Bowers, J. (2005). Poke Your Nose into Your Clients' Businesses (If You Want to Understand Their Contracts). *57 Me. L. Rev. 39*, pp. 115 y ss.). En el mismo sentido, Goetz describe que la Regla de Evidencia Parol es un principio legal que impide que la evidencia extrínseca (como declaraciones orales) se use para contradecir o añadir a los términos de un contrato escrito. (Goetz, C. (1980). Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *The Yale Law Journal, Vol. 89, Number 7, pp. 1259 y ss.).*

[1556] Mc Kendrick aborda la Regla de la Evidencia Parol, destacando que generalmente no se permite la evidencia oral para contradecir los términos de un contrato escrito. Esta regla establece que una vez que un contrato se pone por escrito, las partes no pueden presentar pruebas extrínsecas para añadir, variar o contradecir el documento escrito. En el derecho inglés, la regla establece que las pruebas extrínsecas no son admisibles para añadir, variar o contradecir un documento escrito. Sin embargo, existen numerosas excepciones a esta regla que en gran medida socavan su propósito. En resumen, la Regla de la Evidencia Parol es el principio que, en general, impide a las partes de un contrato presentar pruebas extrínsecas para añadir, variar o contradecir el documento escrito. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, pp. 104-243).

[1557] *Prudential Insurance Co. Of America v. Clark,* 456 F.2d 932 (1972).

cuando Brumell recibió la póliza y el requerimiento de información adicional Steve se fue a entrenar a la Marina de California. Es necesario aclarar que Steve dejó su antigua póliza con otro seguro World Life.

Al próximo año, Steve retorna de Viet Nam en mayo de 1968, y se pone en contacto con Brunell, esta vez tenían que llenar una nueva solicitud, asegurándose de no contener en la póliza la exclusión de riesgo de guerra. Brumel recibe la solicitud y el dinero de Steve y lo manda a la compañía Prudential, junto a una letra de Brumel pidiendo que se excluyera los riesgos de guerra.

El 20 de mayo de 1968, Steve regresa a Viet Nam. La póliza entra en vigencia el 1ro de junio, pero Prudential no hizo honor a la promesa de Brumel en su carta. El 28 de Julio, Steve muere en Viet Nam cuando su helicóptero se choca y se quema. Brumel asistió a los familiares a llenar una solicitud para que Prudential pagara la póliza de los $10,000. Brumel también escribió una carta a Prudential pidiéndoles que pagaran la póliza pese a que el contrato no especificaba que se haya excluido el riesgo de guerra.

Thomas, el Consultor General de estas solicitudes, paga la póliza de los $10,000 a la familia de Steve, y luego declara que realizó este pago debido a un error.

El jurado encontró que Prudencial había intencionalmente perdonado esta cláusula de exclusión al pagar dicha póliza a los deudos.

El Juez Distrital rehusó dar crédito al jurado encontrando un intencional perdón de tal exclusión puesto que esa defensa estaba prohibida de acuerdo con un estatuto de Florida.

La Corte de Apelaciones analizó la totalidad de circunstancias y estimó que la regla de Florida no aplicaba para estos asuntos puesto que no había habido una fusión de pólizas, pero sí una aplicación del principio del *Promissory Estoppel* a través del cual Steve experimentó un detrimento confiando en las promesas de Brumell. Si bien es cierto Prudential intentó aplicar la teoría del *Parol Evidence Rule*, la Corte desestimó tal teoría en tanto que la teoría del Promissory Estoppel es la que prevaleció, toda vez que Steve cambió de posición al dejar su antigua póliza en detrimento propio basado en las promesas proporcionadas por Brumel de Prudential[1558].

[1558] Por otra parte, para que trabaje la teoría del RINP y resuelva este problema bajo la mirilla de la CIC, necesariamente tendría que existir el principio de negociar de buena fe, por medio del cual Prudencial o Brumel estarían prohibidos de cambiar de opinión cuando su promesa haya sido brindada a Steve (en el sentido que iban a reconocer la exclusión de la muerte en casos de guerra); sin embargo, si no existiera esa obligación precontractual, entonces el RINP no funcionaría puesto que la fuerza de la obligación vinculante de Brumell y su obligación resarcitoria reposa en la confianza que Steve tiene al actuar en su propio detrimento y en confianza de la promesa de Brumell de excluir el riesgo de guerra.

La Corte declaró que la doctrina del Parol Evidence Rule no se abrogaba con esta decisión, por cuanto la representación de Prudential era nueva, y no constituía una oferta oral que modifique un existente contrato escrito, por cuanto el asegurado realizó actividades en su propio detrimento y confiando en las representaciones de Prudential.

6.3. Crítica a la promesa vinculante (promissory estoppel)

Daniel Farber y John Matheson (1985) piensan que la figura de la confianza (reliance) no es importante dentro del basamento conceptual del promissory estoppel. Es decir, piensan que muchas veces se puede recobrar algo bajo la figura del promissory estoppel aun cuando el reliance esté ausente, o pueda ser denegado pese a existir reliance.

Son los casos de daños basados en la expectativa, como cuando una parte pierde lo que hubiera podido ganar de no haberse dado un acontecimiento frustrante (lucro cesante o interés positivo). Entonces su conclusión final es que la figura del promissory estoppel de la sección § 90 debe desaparecer para dar nacimiento a la figura de la sección § 71 que amplíe la definición del concepto de la consideración.

En efecto, Farber y Mathison (1985) creen que la expansión del Promissory Estoppel no es el resultado del postulado de Gilmore (de que los torts iban a consumir al contrato), sino que el Promissory Estoppel se convierte en una rama contractual. En este contexto, ambos autores opinan que la teoría del Promissory Estoppel ya no es una teoría de segunda base, es decir, muchas Cortes utilizan el Promissory Estoppel antes de usar la figura de la consideración. De modo, para estos autores, el rol del reliance no es un rol protagónico para que la sección § 90 actúe: piensan que en algunos casos el Detrimental Reliance se fundamenta en una expectativa de un hecho futuro.

En la práctica, sin embargo, el Promissory Estoppel ha demostrado ser más eficiente y justo que la consideración en la resolución de problemas contractuales. La flexibilidad del Promissory Estoppel permite abordar una gama más amplia de situaciones injustas que no pueden ser resueltas adecuadamente por la teoría de la consideración. Por ejemplo, en casos donde no hay un intercambio de valor tangible, como en promesas altruistas o acuerdos familiares, el Promissory Estoppel proporciona un medio para hacer cumplir las promesas basándose en la confianza justificada y el detrimento sufrido. Además, la consideración tradicionalmente se enfoca en el momento de la formación del contrato, mientras que el Promissory Estoppel permite abordar las

injusticias que surgen a lo largo de la relación contractual. Por lo tanto, aunque Farber y Matheson sugieren que el reliance no es fundamental para el Promissory Estoppel[1559], la realidad práctica muestra que esta teoría es esencial para abordar situaciones de injusticia y desequilibrio en el ámbito contractual que la consideración por sí sola no puede resolver.

7. La doctrina de los actos propios (DAP) frente al estoppel equitativo inglés y el promissory estoppel (PE) norteamericano

7.1. La DAP[1560] y el estoppel equitativo inglés

Como vimos en el capítulo II de esta obra, la Doctrina de los Actos Propios (DAP) fue estudiada al momento de analizar la semejanza que podría guardar con la figura del RINP (CIC). Ahora vamos a ver cómo dicha figura (DAP) puede o no guardar algunas similitudes con respecto al estoppel.

Los siguientes adagios pretenden enfocar la doctrina de los actos propios y definirlo (López Mesa, 2013, p. 133):

Adagio Legal Latino	Traducción al Español
Venire contra factum proprium non valet	No se puede ir en contra de los propios actos
Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam	Nadie puede cambiar su propósito en perjuicio de otro
Quod semel placuit, amplius displicere non potest	Lo que una vez agradó, no puede desagradar más
Patere legem quam ipse fecisti	Cumplir con la ley que uno mismo ha hecho
Non est tolerabilis ignorantia in factum proprio	La ignorancia no es tolerable en el propio hecho
Nemo licet adversus sua facta venire	A nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos

[1559] Por su parte Mills sostiene que el estoppel promisorio "ni está menguando ni muriendo", sino que está "vivo y vital". (Mills Holmes, E. (1996). The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review, Vol. 20: 45, p. 77).*
[1560] Indistintamente nos referimos al DAP como el DAP o la DAP; lo mismo para el PE, o la PE.

Estos adagios responden a la misma filosofía: "Nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro." (López Mesa, 2013, p. 133).

Al respecto, López Mesa (2013) asevera:

> La doctrina de los actos propios es una derivación inmediata, necesaria y directa del principio de la buena fe…. Dado que la buena fe no consiente el cambio de actitud en perjuicio de terceros, cuando la conducta anterior ha generado en ellos expectativas de comportamiento futuro, quien actúa volublemente, sin causa que lo justifique, vulnera el principio general de la buena fe. (p. 134).

Por su parte, Diez Picazo (2014) analiza la teoría de la DAP y la compara con el estoppel inglés (mas no con el *promissory estoppel* americano). Diez Picazo (2014) menciona:

> La doctrina inglesa recuerda usualmente la clásica caracterización de Lord Coke: 'becasue a man's own actor acceptance stoppeth or closeth up his mouth to allege or pleade the truth. El 'estoppel' forma parte de las llamadas 'rules of evidence': una persona que ha establecido la verdad sobre algo, está vinculada, consciente o inconscientemente, a seguir en el proceso unas determinadas reglas de prueba ('rules of evidence;'). El '*estoppel'* es una de estas reglas e impide que una persona, en el curso de un proceso, alegue y pruebe la falsedad de algo que ella misma ha representado con sus palabras o con su conducta, como verdadero. La esencia de un '*estoppel'* radica en que a una persona no puede serle permitido negar un estado de hecho que ella ha establecido como verdadero, expresamente por medio de palabras o implícitamente a través de su conducta, en algún momento anterior. Por ello, el 'estoppel' se define como 'a rule of evidence whereby a party is precluded from denying the existence of some state of things which he has previously asserted. (p. 126)

En esta cita proporcionada por Diez Picazo la doctrina del "estoppel" en el derecho inglés, tal como la caracterizó Lord Coke, se refiere a una norma de evidencia (regla de prueba) que limita la capacidad de una persona para negar un hecho o estado de cosas que anteriormente ha afirmado como verdadero. El "estoppel" impide que una persona alegue y pruebe la falsedad de algo que ella misma ha representado como verdadero, ya sea a través de sus palabras o su conducta. La esencia de esta doctrina es que no se le permite a alguien negar un hecho que ha establecido como verdadero, sea expresamente por palabras o implícitamente por su conducta. Por lo tanto, el "estoppel" se define como una regla de evidencia que impide a una parte negar la existencia de algún estado de cosas que previamente ha afirmado.

Es decir, el *estoppel* no es una acción sino una defensa que se puede usar como escudo (a diferencia del *promissory estoppel* que se puede usar como acción y defensa, es decir como espada y escudo)[1561]. En este sentido Diez Picazo (2014) analiza solamente la figura del *estoppel* inglés (mas no la doctrina del *promissory estoppel,* pese a que ya tenía un siglo de existencia)[1562]. Luego, Diez Picazo (2014) continúa:

> Exista o no esta comunidad de origen histórico, es claro, que una y otra institución han sufrido evoluciones independientes, amoldándose cada una de ellas a la idiosincrasia del país y a la realidad social en que han sido aplicadas, de tal manera que entre ambas figuras existen hoy divergencias muy acusadas. Pero si esto es así, lo es también que acaso estas divergencias y esta disparidad pueden ser un útil complemento. Y así no cabe duda que los juristas continentales pueden dar a su viejo dogma un sentido nuevo a través de una serie de matices sólo por la intuición y el fino sentido jurídico de los anglosajones. (p. 128.)

Diez Picazo, en su obra de 2014, analiza las figuras del derecho anglosajón "estoppel" y la figura correspondiente en el derecho continental, a menudo referida como "doctrina de los actos propios" (DAP). Según Diez Picazo, aunque estas dos figuras pueden tener orígenes similares y responder a realidades jurídicas distintas, son consideradas como complementarias en su aplicación práctica.

Esta complementariedad no implica que una doctrina suplante a la otra, sino que cada una puede aportar aspectos valiosos para subsanar las carencias de la otra. En otras palabras, estas figuras pueden ser comparadas, utilizadas y revisadas de manera conjunta, respetando sus características y contextos específicos. La idea de complementariedad subraya el valor de integrar perspectivas diferentes para enriquecer el entendimiento y aplicación del derecho, manteniendo la identidad única de cada sistema legal.

El enfoque de Picazo resalta la importancia de un diálogo jurídico intercultural que permita un intercambio de ideas y soluciones entre diferentes tradiciones legales, reconociendo que, pese a las diferencias, pueden existir puntos de convergencia y aprendizaje mutuo.

[1561] Ese principio también está en las reglas de evidencia del derecho americano.

[1562] Diez Picazo menciona brevemente el "*promissory estoppel*" de la siguiente forma: "En la misma línea se encuentra la idea del '*promissory estoppel'*: cuando una persona ha alterado materialmente su posición por la confianza de una promesa, carente de 'consideración', que otra le hizo, el promitente no puede alegar la falta de '*consideration*; para sostener la ineficacia de la promesa." (Diez Picazo, L. (2014). La Doctrina de los Actos Propios. Un Estudio Critico Sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Navarra-España: Editorial Aranzadi, SA., p. 142).

La doctrina de los actos propios impone un “no hacer” en vez de un “hacer”, es decir, se constituye en una limitación a la persona que con su actitud o comportamiento ha generado o suscitado una “confianza” en un tercero (“estoppel”), lo que teóricamente es similar al estoppel inglés.

El acto en sí no es malo, lo que está mal es cambiar de parecer cuando un comportamiento o promesa anterior ha generado expectativas en un tercero que confía en ese comportamiento o promesa. López Mesa (2013) sentencia:

> No hay nada de malo o cuestionable en el acto en sí, porque éste es lícito -si no lo fuera, no haría falta acudir a la doctrina de los actos propios, pues bastaría con invocar normas expresas del ordenamiento-… pero de la correlación del segundo acto o manifestación con la previa actuación surge una contradicción que el ordenamiento no desea favorecer y, entonces, pena. Si no lo hiciera y permitiera el ir y venir de los sujetos a su libre arbitrio por el proceso judicial y la vida de relación, debería desterrarse directamente del derecho toda idea de seguridad, de buena fe, de coherencia, de previsibilidad del tráfico, etc. Y ello resulta inadmisible. La doctrina de los actos propios, entonces, es una concesión que la libertad de actuación de los sujetos debe hacer al interés general, que aquí finca en la seguridad y en la honorabilidad del tráfico jurídico. (p. 141).

La reflexión de López Mesa sobre la doctrina de los actos propios sugiere que no es inherentemente erróneo o cuestionable realizar un acto en sí mismo, siempre que este sea lícito. El problema surge cuando hay un cambio de postura que contradice un comportamiento o promesa anterior, especialmente si esto ha generado expectativas legítimas en un tercero. Esta contradicción, según López Mesa, no es favorable para el ordenamiento jurídico, ya que socava principios como la seguridad, la buena fe, la coherencia y la previsibilidad en las relaciones jurídicas y comerciales.

La doctrina de los actos propios, por lo tanto, actúa como un mecanismo que equilibra la libertad individual de acción con el interés general, centrado en la seguridad y la honorabilidad del tráfico jurídico. En esencia, la doctrina impone una restricción a la libertad de los sujetos de actuar a su antojo, especialmente cuando tal acción puede resultar en una injusticia o incoherencia dentro del marco legal.

¿Y qué es lo que se pretende evitar con esta “doctrina de los actos propios”? justamente se trata de evitar la maledicencia, la picardía, la “viveza” de la parte que pretende cambiar su

comportamiento, a sabiendas que su promesa o comportamiento anterior ha generado expectativas o confianza en un tercero. En este sentido López Mesa (2013) concluye:

> Todos estos aportes han recortado el torso de una doctrina pensada para poner coto a la maledicencia procesal acabando de una vez con esa convicción tan fútil como arraigada entre nosotros, de que cualquier pretensión -por inmoral o infundada que se juzgue-, puede tener acogida judicial si se la defiende con ahínco y argumentación leguleyesca… Un juez no debe convalidar pases de magia, o premiar suertes de prestidigitación retórica. (p. 154.)

La Doctrina de Actos Propios (DAP) se alinea estrechamente con el concepto de estoppel y las reglas de evidencia, con el objetivo de evitar que una parte cambie de opinión de manera que resulte en un daño a un tercero. Esta doctrina comparte características con el estoppel inglés en el sentido de que ambos actúan como mecanismos de defensa procesal, utilizados principalmente como un "escudo" y no como una "espada" en el litigio. La DAP y el estoppel inglés, por lo tanto, se enfocan en preservar la coherencia y la fiabilidad en las relaciones jurídicas, asegurando que las acciones y declaraciones previas de una parte no sean contradichas de forma que perjudiquen a otros.

7.2. Caso de la representación aparente y la DAP como escudo procesal

La idea del *estoppel* inglés que resuelve el siguiente caso, muy bien puede ser resuelto a través de la doctrina de la representación aparente. El agente que contrata con un tercero en base a un poder genera una confianza en el tercero basado en esta apariencia de poder (*detrimental reliance*), donde el principal estaría prohibido de desafiar la validez de esa transacción (siempre y cuando el principal no hubiese dado notificación al tercero de la invalidez de dicho poder). (Diez Picazo, 2014, p. 131).

Pero pese a este ejemplo, Diez Picazo (2014) cree que el *estoppel* es simplemente una figura puramente procesal[1563], tenido como una defensa (excepción procesal), y no como fundamento de una acción:

[1563] Diez Picazo analiza el tema del *Estoppel* y clasifica los elementos del mismo a partir de sus lecturas del "*estoppel*" prodigadas por Blackstone (*Commentaries on the Law of England*, Portland, 1807).
1). Que una persona haya proporcionado una afirmación que genere un determinado estado de cosas.
2). El estado de cosas afirmado debe ser claro, inequívoco, sin doble sentido, ni ambigüedad.
3). La afirmación debe recaer sobre un estado de cosas que se presenta como existente en el momento actual o en un momento pasado.

> "Conviene insistir sobre ello: la eficacia del '*estoppel'* es, en principio, puramente procesal… Forma parte de las '*rules of evidence*, y éstas pertenecen netamente al Derecho procesal. De aquí, que en Derecho inglés no puede obtenerse un 'estoppel' lo que nosotros denominamos efectos de carácter sustantivo. No crea, por tanto, ni modifica, ni extingue una situación jurídica Su efecto es exclusivamente procesal: imposibilita una determinada alegación y hace que se la considere inadmisible." (p. 131-132).

Resulta interesante hacer énfasis que Diez Picazo solamente se enfoca en la figura del estoppel inglés del siglo XIX (no en el promissory estoppel americano del siglo XX). La concepción de Diez Picazo con respecto al estoppel (en el sentido de que el estoppel es un escudo procesal), es válido[1564]. Nuevamente, se define al *estoppel* como cuyo "fundamento se encuentra en la idea que, cualquiera que haya podido ser la intención real de la persona, ésta debe quedar vinculada por la apariencia o impresión que el sentido objetivo de su conducta pueda haber ocasionado en otro." (Diez Picazo, 2014, p. 142)

Seguidamente Diez Picazo (2014) menciona:

> En la literatura jurídica inglesa se encuentra reiteradamente señalado que un 'estoppel' no es nunca causa de acción ('cause of action'), sino un arma estrictamente defensiva ('a strictly defensive weapon) y algún autor gráficamente enseña que es una espada, sino un escudo. El estoppel no es, por tanto, causa de la acción, esto es, fundamento de la demanda, sino medida defensiva, fundamento, por ello, de una oposición. Si se quiere tratar de encerrarlo en una categoría conceptual -problema este que para un jurista anglosajón o ni siquiera se plantea o carece por completo de trascendencia- podría pensarse, y se ha pensado, en la figura de las 'excepciones' entendidas como facultad de enervar la acción o la pretensión de otra. (p. 132)

Sin embargo, pese a que estamos de acuerdo con esta interpretación de Diez Picazo (2014) del estoppel inglés, no estamos de acuerdo con su análisis al respecto de un caso americano que él recoge de segunda mano. En efecto, Diez Picazo (2014) recoge de Sereni (*Studi di Diritto Comparato, L'equity negli Stati Uniti, en R.T.D.P.C.,* 1952 y Milano, 1956, p. 38 y ss.) que dice:

> "Si A, después de contraer matrimonio con B en el Estado de Nueva York y de haber establecido allí el domicilio conyugal, obtiene en Nevada, con rebeldía de B, un divorcio no

4) El *estoppel* se produce a favor de la persona que ha confiado en la afirmación. "Esta confianza debe ser cualificada por el hecho de que la apariencia suscitada haya inducido a la persona a realizar un acto que altere su situación jurídica anterior ('*alter his position'*). Es precisamente este cambio de posición lo que queda protegido por el '*estoppel'* Si la persona que recibió la afirmación, no fundó en ella ningún acto modificativo de su situación anterior, el '*estoppel'* no se produce." (Diez Picazo, L. (2014). *La Doctrina de los Actos Propios. Un Estudio Critico Sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Navarra-España: Editorial Aranzadi, SA., pp. 138-139).

[1564] Sin embargo, también es cierto que el promissory estoppel puede ser usado como escudo y como espada, dando así derechos sustantivos y no solamente protecciones procesales, como lo vimos anteriormente.

> reconocido en Nueva York, se casa también en Nevada con C, y B, a su vez considerándose libre por efecto del divorcio, se casa con D, en Nueva York, A no puede impugnar el matrimonio de B con D alegando que su divorcio no era válido con arreglo a la legislación de Estado de Nueva York, aunque esta legación sea jurídicamente correcta. A, mediante su divorcio y su posterior matrimonio, ha creado una situación tal que ha inducido a B a actuar sobre esta confianza y queda '*estopped'* para negar la validez de su propio divorcio. El '*estoppel'* actúa aquí como excepción que B opone a la demanda de A dirigida a impugnar el matrimonio con D. (p. 132-133).

El caso hipotético descrito por Diez Picazo, y mencionado en su consulta, ilustra una situación compleja en el ámbito del derecho familiar y procesal. Este caso hipotético plantea diversas cuestiones legales relacionadas con la jurisdicción, el servicio de la demanda, la rebeldía y las consecuencias de un divorcio en términos de bigamia.

En este escenario, se cuestiona cómo una Corte de Nevada podría tener jurisdicción sobre un divorcio entre dos partes, A y B, especialmente si no se explica adecuadamente si B fue notificado personalmente y si estaba al tanto de la demanda de divorcio presentada por A. La validez de la jurisdicción de la Corte de Nevada depende de varios factores, incluyendo si A vivió en Nevada el tiempo suficiente antes de presentar la demanda.

Suponiendo que la notificación a B fue adecuada y que B optó por no presentarse para responder a la demanda, el divorcio entre A y B sería válido, dejando a B libre para casarse con D sin incurrir en bigamia, ya que el matrimonio previo con A estaría legalmente disuelto. Si A intentara impugnar el nuevo matrimonio de B con D, estaría impedido de hacerlo debido al principio de estoppel, dado que B actuó basándose en el conocimiento del divorcio.

Este caso hipotético demuestra la importancia de seguir las reglas procesales y las implicaciones de la jurisdicción y la notificación adecuada en los procedimientos de divorcio. También subraya la relevancia del principio de estoppel, que puede impedir que una parte impugne un hecho o situación sobre la cual previamente ha dado su consentimiento o ha actuado en consecuencia.

Si se hubiesen aceptado como ciertos todos los supuestos procesales del caso mencionado, entonces B habría podido utilizar la figura del "estoppel" como una excepción procesal en respuesta a la demanda de A contra su matrimonio con D. Esto demuestra que el estoppel se configura como una excepción que debe ser invocada por una de las partes en el proceso, y no

puede ser aplicada de oficio por el tribunal. En esencia, el estoppel se convierte en una herramienta defensiva en manos de la parte que busca protegerse de las acciones legales basadas en hechos o promesas previas en las que se basó. (Diez Picazo, 2014, p. 133.)[1565]

7.3. Estoppel by acquiescense

El término "acquiescense" se traduce al español como "aquiescencia" y significa que una persona ha consentido algo, o sea una inacción que en determinados supuestos causa un '*estoppel'*[1566]. Los casos que Diez Picazo revisa para definir este tipo de estoppel son recogidos por otros autores como Ashburner (1902).

El primer caso que trata es "*Berrysford v. Millward*"[1567] en el que dice "los tribunales ingleses decidieron que, cuando un hombre ha permitido que otro edifique sobre su terreno, conociendo el propietario la existencia y el alcance de su propio derecho e ignorándolo el edificante de buena fe, el tribunal debe obligar al propietario del suelo, que sólo ha hecho valer su derecho cuando el edificio había ya sido totalmente construido, a permitir el goce quieto y pacífico del edificante." (Diez Picazo, 2014, p. 143).

Consultado el libro de Ashburner (1933) para encontrar el caso de *Berrysford v. Millward*, lo encontramos en la página 638, donde Ashburner habla del caso *Earl of Bedford v. Clare*, cuyo principio fue seguido por Lord Hardwicke en *Berrysford v. Millward*. (Ashburner, 1902, p. 638).

El otro caso que Diez Picazo (2014) cita de Ashburner (1933), es "*Ramsden V Dyson:* HL 1866, [1866] LR 1 HL 129, (1866), en el que Diez Picazo plantea que se establecieron las siguientes proposiciones:

[1565] Existen otras referencias de Diez Picazo otro tipo de estoppels, por ejemplo, el "estoppel by deed" y el "estoppel in pais". Mientras que el "estoppel by deed" se refiere a un estoppel que surge de declaraciones o manifestaciones contenidas en un documento sellado (o "deed"), el "estoppel in pais" se relaciona con estoppel derivado de "actos ejecutados de manera notoria en cierto lugar". Este último tipo de estoppel se basa en acciones o conductas realizadas abiertamente que crean ciertas expectativas o creencias en otras personas. En esencia, el "estoppel by deed" vincula a las partes a las declaraciones hechas en un documento formal, mientras que el "estoppel in país" se relaciona con las implicaciones de las acciones públicas o conductas de una persona. Ambos sirven para mantener la coherencia y prevenir contradicciones en las relaciones y transacciones legales, pero operan en contextos diferentes y con fundamentos distintos. (Diez Picazo, L., 2014. La Doctrina de los Actos Propios. Un Estudio Critico Sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Navarra-España: Editorial Aranzadi, SA., pp. 138-139).

[1566] Mc Kendricks explica que el estoppel se basa en la idea de que a una persona que hace una representación no se le permitirá retractarse de ella si se pretendía que la representación fuera actuada y la otra parte lo hizo en su detrimento. El estoppel equitativo inglés es un principio legal que impide a alguien afirmar un hecho contrario a su representación anterior. (Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education, pp. 145-147).

[1567] Es difícil encontrar este caso puesto que Diez Picazo no cita la procedencia de este caso, de qué corte procede o qué jurisdicción y cuál específicamente fue el orden de acontecimientos, solamente cita el año de 1740; pero el texto de Ashburner es de 1933, y el Diez Picazo es del 2014, entonces no es muy clara la procedencia de este caso.

1) Si un extraño comienza a edificar en una tierra suponiendo que es suya y el verdadero propietario, dándose cuenta de este error, se abstiene de hacer valer su derecho y le deja al edificante perseverar en su error, la equidad no puede permitir después que el propietario ejercite su derecho.

2) Pero si un extraño edifica en terreno ajeno, conociendo que es propiedad de otro, la equidad no impide al propietario reclamar en cualquier momento su terreno.

La aquiescencia o la inacción son en determinados supuesto causa de un '*estoppel'*. La inacción se presenta como un equivalente de la representación. En la doctrina inglesa se razona así: una representación, según sabemos, puede ser originada por palabras o por actos, es decir, por medio del lenguaje o por medio de la conducta. La inacción es un tipo de conducta, es una conducta pasiva u omisiva que, por tanto, puede ser también fuente de una representación. (Diez Picazo, 2014, p. 144)

En este caso *Ramsden v. Dyson, LR 1 HL 129, 170 (1866)*, Lord Kingsdown articuló su voto disidento expresando su perspectiva respecto al concepto de *estoppel* de la siguiente manera:

El estado de derecho aplicable al caso me parece que es éste; si un hombre, bajo un acuerdo verbal con un propietario por un cierto interés en la tierra, o lo que equivale a lo mismo, bajo una expectativa, creada o alentada por el propietario, que tendrá un cierto interés, toma posesión de dicha tierra con el consentimiento del propietario, y con la fe de tal promesa o expectativa, con el conocimiento del propietario, y sin objeción por parte de él, se establece el dinero en la tierra, un Tribunal de equidad obligará al propietario a dar efecto a tal promesa o expectativa. Este fue el principio de la decisión en *Gregory v. Mighell* 18 Ves. 328, y, como lo concibo, no tiene dudas. "Incluso si hubiera incertidumbre en cuanto a los términos del contrato, un tribunal de equidad podría interferir para evitar el fraude, pero no estaba claro qué, en ese caso, remedio debía ser. Las opciones fueron entre la concesión de un interés específico en la tierra y la concesión de un recurso de restitución, como la compensación monetaria."[1568]

La naturaleza del caso *Ramsden v. Dyson* como un precedente judicial es motivo de incertidumbre. En su lugar, podría considerarse como un evento histórico que refleja el incipiente desarrollo de la noción de *estoppel* en el contexto de los derechos reales en 1866. No obstante, es relevante destacar que, en este caso particular, el estoppel no resultó en un veredicto favorable para los inquilinos.

Diez Picazo (2014) hace referencia al caso de *Earl of Bedford v. Clare* (página 145), cuyo análisis se basa en el texto de Ashburner (1902, p. 638). Sin embargo, Ashburner no describe el

[1568] *Ramsden V Dyson*: HL 1866, [1866] LR 1 HL 129, [1866].

caso en su totalidad, limitándose a ofrecer su interpretación, lo que deja incógnitas sobre los detalles específicos del caso (página 638). Según Ashburner, Clare había obtenido un préstamo garantizado por un estatuto, y posteriormente, se otorgó un préstamo hipotecario sobre las mismas tierras afectadas por el estatuto. La persona que redactó la hipoteca no reveló la existencia del estatuto, y dado que el valor de las tierras no superaba el monto de la hipoteca, la omisión se consideró fraudulenta, impidiendo que se beneficiara del estatuto frente al acreedor hipotecario.

En otras palabras, en una situación donde un acreedor presta dinero a un deudor, y este último hipoteca los bienes ya sujetos a otra carga sin informar al nuevo acreedor, el acreedor original quedaría impedido de prevalecer debido a su omisión[1569].

La metodología de análisis del *estoppel* por parte de Diez Picazo está claramente influenciada por la jurisprudencia y la doctrina inglesa, particularmente en la forma en que se apoya en las interpretaciones de figuras destacadas como Ashburner y Blackstone. Su enfoque, centrado en el estudio de casos judiciales de los siglos XVII y XIX y en la integralidad de resúmenes y opiniones de estos autores, suscita inquietudes legítimas sobre la completitud y profundidad de su análisis. Esta metodología podría limitar la capacidad de obtener una comprensión exhaustiva y actualizada del estoppel, especialmente en el contexto de las dinámicas legales modernas.

7.4. La DAP y el PE

La principal diferencia entre la doctrina de los actos propios y el promissory estoppel radica en que, en este último, el promisario modifica sustancialmente su posición basándose en la promesa del promitente. Por otro lado, la doctrina de los actos propios se enfoca en mantener la situación jurídica previamente establecida por el promitente, ya sea a través de su conducta o promesa, buscando prevenir daños al interés de terceros.

[1569] Este caso pertenece a una época pasada, ya que, en la actualidad, los sistemas de registro de propiedades inmobiliarias mantienen un registro exhaustivo de las cargas y gravámenes asociados a cada propiedad. En consecuencia, recae en la responsabilidad del nuevo acreedor realizar una revisión minuciosa de la historia del título de propiedad con el propósito de identificar la presencia de cargas hipotecarias u otros gravámenes anteriores. Es importante destacar que, en muchas transacciones inmobiliarias contemporáneas, se recurre a la adquisición de un seguro de título. Este seguro es proporcionado por una compañía especializada en títulos y ofrece garantías de que no existen cargas o gravámenes previos que afecten al nuevo acreedor, lo que brinda un mayor nivel de seguridad en dichas transacciones.

Asimismo, hay otra diferencia entre ambas figuras en el sentido de que la DAP se fundamenta en la aplicabilidad de una promesa basada en el principio de buena fe, mientras que el promissory estoppel se basa en la confianza y la equidad. Como se discutió en el capítulo III, la introducción del principio de buena fe implica considerar la mala fe o el dolo en el análisis de la transacción, aunque para algunos la DAP busque la defensa de la confianza, como lo dice López Mesa (2013): "la doctrina de los actos propios es, entonces, una limitación al ejercicio de un derecho, que reconoce como fundamento una razón de política jurídica: la protección de la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende desconocer." (López Mesa, 2013, p. 138).

Asimismo, es importante recordar que la diferencia entre el estoppel inglés y el promissory estoppel radica en que el estoppel inglés se fundamenta en la filosofía de prevenir o evitar que un promitente altere un hecho pasado. En otras palabras, el estoppel funciona como una defensa, como un escudo contra la posibilidad de cambio por parte del promitente, por lo que López Mesa habla de prevenir la astucia o la artimaña. Del mismo modo, en el capítulo III observamos la similitud entre la CIC y la figura del misrepresentation.

Contrastando esto con el promissory estoppel, encontramos que mientras la doctrina de los actos propios se enfoca en la coherencia de las acciones pasadas y su impacto en las expectativas de terceros, el promissory estoppel se centra más en la relación entre el promitente y el promisario. En el promissory estoppel, un promisario cambia su posición de manera sustancial basándose en la promesa del promitente, y esta doctrina (DAP) impide que el promitente se retracte de su promesa si esto causaría un perjuicio al promisario. Aquí, con el PE, la atención se centra en la confianza generada por la promesa y las acciones que se toman en respuesta a esa promesa.

Mientras que la doctrina de los actos propios busca preservar la coherencia y prevenir contradicciones en el comportamiento de los sujetos, el promissory estoppel se enfoca en proteger las expectativas generadas por las promesas y evitar perjuicios injustos.

Otra diferencia que vemos entre la doctrina de los actos propios y el *promissory estoppel* es que la doctrina de los propios tiene una aplicación amplia, se puede aplicar tanto al derecho administrativo como al derecho privado; mientras que el *promissory estoppel* siempre ha sido

aplicado dentro del área contractual, mas nunca en el área del derecho administrativo. (López Mesa, 2013, pp. 190, 196.)

En este mismo sentido, la doctrina de los actos propios se puede extender a campos como el derecho laboral o el derecho de familia (López Mesa, 2013, pp. 221-228); en cambio, el *promissory estoppel* solamente se aplica a los contratos.

Otra diferencia es que la teoría de los actos propios puede aplicarse también al actuar de la magistratura, "impidiendo que jueces y tribunales desanden el camino recorrido en un expediente, salvo que enmienden un acto anterior gravemente viciado." (López Mesa, 2013, p. 201.) En cambio, la doctrina del *promissory estoppel* no se aplica al actual del magistrado, pero la sentencia basada en un caso de *promissory estoppel*, obviamente se puede usar como precedente para tomarlo como fundamento jurídico al argumentar un caso semejante.

Finalmente, como lo vimos con el tema del estoppel, el DAP se puede aplicar dentro de las reglas de evidencia como una defensa (escudo), mas no como una acción (espada). Esto contrasta con el concepto de PE que permite su uso tanto como una acciona si como una defensa (es decir en su doble capacidad de espada y escudo).

7.5. Limitaciones de la doctrina de los actos propios

La doctrina de los actos propios, como debe ser toda doctrina, no puede ser aplicada de manera inflexible ni antisocial, porque de lo contrario caería en el mismo yerro que se supone está llamado a superar.

La aplicación de la doctrina de los actos propios es residual y supletoria. No se puede aplicar contraviniendo a la ley que previene o regula una solución expresa, no es en realidad un principio que sustente una causa de acción, sino más bien es una doctrina que -al igual que el estoppel- sustenta una defensa o una excepción en el plano procesal.

Otro de los grandes problemas de la Doctrina de los Actos Propios, y tal vez, una limitación de carácter intrínseco (porque responde a su propia formulación), sea la que avizoró Diez Picazo (2014):

> Y, sin embargo, si somos sinceros, tendremos que confesar que pocas reglas de derecho poseen una vaguedad y una falta de concreción tan grandes, hasta el punto de que es posible decir que su aplicación o inaplicación se fundan, la mayor parte de las veces, en convicciones intuitivamente formadas. Esta vaguedad y esta falta de concreción conducen, inevitablemente, a la falta de clara delimitación. Por su misma formulación, tan abstracta y falta de clara delimitación. Por su misma formulación, tan abstracta y general, la regla de que nadie puede ir contra sus propios actos, es susceptible de ser aplicada a las más extrañas y contrapuestas hipótesis. No se conocen sus límites, sus presupuestos, su fundamento, su finalidad... La inseguridad es una consecuencia de la confusión y consiste, en definitiva, en no saber a qué atenerse en cuanto a su alegación, a su cita, o a su utilización como razón decisiva de una petición litigiosa o base de una sentencia. La inseguridad es, sobre todo, incertidumbre sobre la actitud que el Tribunal adoptará… Nuestra 'doctrina de los propios actos' es quizá uno de los temas más necesitados de reelaboración y de revisión. (pp. 74-75)

Y con respecto a la interrelación entre la doctrina de los actos propios con el negocio, Diez Picazo (2013) explicaría:

> "Hay que decir que existen en la actualidad numerosas sentencias que ofrecen para la llamada doctrina de actos propios un doble fundamento: como manifestación de voluntad de un determinado sujeto que desea crear, modificar o extinguir derechos, y como exigencia de la buena fe que impone la coherencia de comportamiento y limitar la posibilidad de contradecir el sentido en el que la otra persona pudiera haber confiado. Esta doble fundamentación que se ofrece yuxtaponiendo ambas tesis, hay que decir que esta internamente falta de concordancia, pues se trata de dos perspectivas completamente distintas la de ligar los actos propios con una voluntad negocial o cuasinegocial, y la de establecer su relación con el principio de la buena fe y con la coherencia del comportamiento y de la limitación de las posibilidades que ello entraña, lo cual por otra parte, hay que decir que es un índice bastante claro de que nuestra la doctrina de los actos propios, según se dijo en alguna ocasión, no ha llegado a conseguir un punto de vista que pueda considerarse generalmente aceptado." (p. 81)

Es decir, Diez Picazo (2014) entiende que existen dos limitaciones de la doctrina de los actos propios: una limitación de carácter intrínseco, cuando reconoce su propia **generalidad, abstracción y vaguedad (p. 89)**, y otra limitación de carácter extrínseco cuando analiza cómo colisiona la doctrina de los actos propios con la voluntad negocial de crear obligaciones.

Es decir, intrínsecamente, la doctrina necesita reformulación, pero extrínsecamente existe un conflicto entre la postura de considerar la doctrina como "espada" o como "escudo". Si se la considera como defensa (escudo), entonces la doctrina de los actos propios realmente responde a su propia definición que es la de evitar que una persona vaya contra sus propias promesas ("escudo") y es allí donde encuentra su similitud con la figura del *estoppel inglés*; y por otra parte,

al tratar de considerar la doctrina de los actos propios como "espada" y utilizarla como herramienta para peticionar o sustentar una pretensión, es allí donde Diez Picazo expresa su preocupación.

El propio Diez Picazo (2014) califica a la DAP como de "extravagante: "Es curioso observar que, en la actualidad, se trata de una regla, **extravagante**, cuya 'sede materiae; nadie conoce con exactitud." (p. 215)

Sin embargo, esta contradicción de carácter intrínseco que avizora Diez Picazo (2014), también se la puede observar en la figura de la consideración[1570].

8. Aplicación del PE a casos comerciales

La teoría del PE también es usada en un espectro contractual como los casos de franquicias, o de pujas de contratistas de construcción, entre otros. A partir de los años 1960, la teoría del PE se expande al espectro comercial, lo que viene corroborado con la dación del Segundo Restatement de los Contratos en 1981, donde el PE se encarna en las ofertas firmes, contratos de garantía, modificaciones de contratos y promesas cubiertas bajo el estatuto de fraudes. De modo que la "confianza justificante" (justificable reliance) o detrimental reliance sale del cascarón primigenio de las subscripciones de caridad y los acuerdos matrimoniales, para ampliarse a un espectro mucho más amplio. (Teeven, 2005, p. 1151)

En este contexto, un aspecto interesante que puede resultar útil recordar, como lo vimos en los apartados anteriores, es el tema referido a la interacción del reliance con el Estatuto de Fraudes[1571]. Como es sabido, el Estatuto de Fraudes[1572], es una ley que permite anular transacciones que vulneren principios de orden público, por ejemplo, una venta de bienes que no se haya producido por escrito cuando supera $500[1573], o un contrato de servicios por un período

[1570] Gordon argumenta que la doctrina de la consideración está desactualizada y no explica el derecho de los contratos en la actualidad. Sin embargo, también reconoce que la doctrina aún sobrevive en algunos lugares y que el derecho común a menudo se aferra a la tradición. (Gordon, J. (1991). Consideration And the Commercial-Gift Dichotomy. *44 Vand. L. Rev. 283,* pp. 310 y ss).
[1571] Estatuto de Fraudes del Common Law. Inglaterra. (1677). Barnett indica que el Estatuto de Fraudes es una ley que se promulgó en 1677 e impone ciertas limitaciones en los contratos. (Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev.,* p. 269).
[1572] Gordon explica que el Estatuto de Fraudes es una ley que requiere que ciertos tipos de contratos estén por escrito para ser ejecutables. Lo describe como una norma que exige "un escrito firmado para contratos de venta de bienes de quinientos dólares o más" y lo identifica como una de las posibles defensas ante un contrato. (Gordon, J. (1991). Consideration And the Commercial-Gift Dichotomy. *44 Vand. L. Rev.,* pp. 283 y ss.).
[1573] UCC § 2-201(1)).

mayor a un año, o una transferencia de un terreno que se materialice al margen de un contrato por escrito[1574].

En este sentido, tenemos la sección 139 del Segundo Restatement de los Contratos[1575] que claramente explica: Ejecución en virtud de la acción en "reliance":

> (1) Una promesa que el promitente debe esperar razonablemente que induzca a la acción o la inacción por parte del promisario o una tercera persona y que induce la acción o la inacción **es ejecutable a pesar del Estatuto de Fraudes** si la injusticia puede evitarse sólo mediante la aplicación de la promesa. El recurso otorgado por incumplimiento se limitará según lo requiera la justicia.
> (2) Para determinar si la injusticia puede evitarse únicamente mediante el cumplimiento de la promesa, las siguientes circunstancias son significativas:
>
> (a) la disponibilidad y adecuación de otros recursos, en particular la cancelación y **restitución**;
> (b) el carácter definitivo y sustancial de la acción o inacción en relación con la reparación solicitada;
> (c) la medida en que la acción o inacción corrobora la evidencia de la realización y los términos de la promesa, o la realización y los términos se establecen de otra manera mediante evidencia clara y convincente;
> (d) la razonabilidad de la acción o inacción;
> (e) la medida en que la acción o la inacción eran previsibles para el promitente.
>
> Comentario:
> a). Relación con otras reglas. Esta Sección es complementaria al § 90, que prescinde del requisito de contraprestación si se cumplen las mismas condiciones, pero también se aplica a las promesas respaldadas por contraprestación. Como § 90, esta Sección se superpone en algunos casos con reglas basadas en *estoppel* o fraude; enuncia un principio básico que a veces hace innecesario investigar el alcance preciso de otras políticas. Las secciones 128 y 129 establecen aplicaciones particulares del mismo principio a los contratos de tierras; §§ 125 (3) y 130 (2) también se basan en parte. Ver también Código Uniforme de Comercio §§ 2- 201 (3), 8-319 (b). Cuando se hace una promesa sin la intención de cumplir, los remedios bajo esta Sección pueden ser alternativos a los remedios por fraude. Ver comentario b al § 313; Segundo Restatement de Torts § 530.
>
> b. Evitación de la injusticia. Al igual que el § 90, esta sección establece un principio flexible, pero el requisito de consideración se desplaza más fácilmente que el requisito de un escrito. **La confianza (reliance) debe ser previsible por parte del promitente y la aplicación debe ser necesaria para evitar injusticias**. La subsección (2) enumera algunos de los factores relevantes en la aplicación de este

[1574] Sin embargo, pese a que existe este numeral, es necesario recordar que el Restatement es una guía, de modo que, en la parte práctica, las Cortes han declinado la invocación del PE para derrotar al Estatuto de Fraudes, ya que las Cortes insisten en las formalidades contractuales, ya sea debido a que los jueces están más familiarizados con principios contractuales de la formalidad y la consideración. (Pham, P. (1994). Wanning of Promissory Estoppel. Cornell Law Review, 79, 5, 4, p. 1288).
[1575] Second Restatement of Contracts [SRC]. 1981. (EE.UU.)

> último requisito. Cada factor se relaciona con la medida en que la confianza proporciona una base sustantiva convincente para el alivio, además de las expectativas creadas por la promesa, o con la medida en que las circunstancias satisfacen el propósito probatorio del Estatuto y cumplen cualquier función de cautela, disuasión y canalización que puede servir.

Veamos algunos ejemplos jurisprudenciales que tienen mucho que ver con la aplicación del promissory estoppel en los esquemas de aplicación a los esquemas comerciales. Como parte del proceso expansivo del PE a ramas que ocupan el espectro laboral o comercial, tenemos por ejemplo el caso *Mers v. Dispatch Printing Co.*,[1576] que trata de un empleado, el demandante Mers, que en algún momento sustenta cargos criminales que llaman la atención de su empleador que lo despide, pero le promete volver a contratar a Mers, y pagarle los meses que no trabajó, una vez que los cargos criminales sean desestimados. Pues bien, Mers obtiene la desestimación de los cargos criminales en su contra, pero el demandado no lo recontrata pese a que Mers no busca empleo en otra compañía a tenor de la confianza en la promesa del demandado, y entonces Mers demanda a su empleador por los meses que no ganó dinero debido a promesa del demandado. Lo que hace la Corte de Apelaciones es reenviar el caso a la Corte de primera instancia con el fin de determinar el monto del daño (interés negativo) bajo la lupa de ambas teorías, la contractual "breach of contract" (incumplimiento de contrato unilateral), y promissory estoppel.

En el caso de *United Elec. Corp. v. All Serv. Elec. Inc*. de 1977[1577], la corte evaluó una situación en la que no existía un contrato formal entre el contratista general y el proveedor de material electrónico United, después de que el subcontratista All Service Elec., Inc. no pagara $8,000 a United por los materiales suministrados. La controversia se centró en la promesa del contratista general de pagar con cheques solidarios de ambos, el contratista y el subcontratista, lo que motivó a United a proveer los materiales.

A pesar de que una parte de la doctrina sugirió que podría haber existido un acuerdo implícito entre el contratista general y United, basado en un beneficio mutuo, la corte no encontró evidencia de un contrato formal. Sin embargo, la corte aplicó el principio del promissory estoppel, obligando al subcontratista a pagar a United. La razón fue que United había sido motivado e inducido por las promesas del contratista general, que ofrecían garantía al subcontratista (que tenía crédito

[1576] *Mers v. Dispatch Printing Co.,* 529 N.E.2d 958 (Ohio Ct. App. 1988).
[1577] *United Elec. Corp. V. All Serv. Elec. Inc.,* 256 N.W. 2d 92(1977).

cuestionable). Este caso destaca cómo el promissory estoppel puede ser aplicado para hacer cumplir promesas que indujeron a una parte a actuar de cierta manera, a pesar de la ausencia de un contrato formal.

Por otra parate, en cuanto a lo referente a las modificaciones contractuales en el sector comercial, en el *common law* existe el principio de que para que un contrato pueda modificarse se debe brindar una nueva consideración (regla del deber preexistente). Una excepción a esta regla lo encontramos en el caso del "waiver" o sea "exención". En el caso de *Brewer v. Universal Credit Co*. (1940)[1578], el demandante compró un automóvil a crédito y se retrasó en dos pagos. Universal Credit Co. aceptó almacenar el vehículo por 30 días para que el demandante pudiera pagar las cuotas atrasadas. Sin embargo, antes de que venciera el plazo, Universal Credit vendió el vehículo a un tercero, ignorando el acuerdo previo. La Corte de Mississippi sostuvo que, aunque no hubo una nueva consideración que modificara el contrato original, el demandante actuó basado en las promesas de Universal Credit, y esa confianza debía ser respetada, aplicando el principio de "promissory estoppel".

La Corte lo expresó de la siguiente forma, aunque se refirió a la versión primigenia del artículo 90 del Primer Restatement de los Contratos de 1932:

> "Por tanto, surge una situación propicia para la aplicación del principio plasmado en el artículo 90, Restatement de Contratos, que "Una promesa que el promitente debe esperar razonablemente que induzca una acción o inacción de carácter definido o sustancial por parte del aceptante y que induce tal acción o inacción es vinculante si la injusticia puede evitarse únicamente mediante la aplicación de la promesa", que es simplemente una declaración concisa de la doctrina moderna del *promissory estoppel*. *Lusk-Harbison-Jones v. Universal Credit Co*., 164 Miss. 693, 698, 145 So. 623… *Fried v. Fisher*, 328 Pa. 497, 196 Atl. 39..."

En el caso de *The Travelers Indemnity Company, Appellant, v. B. N. Holman, Mary Alice Coombs, et al*., Appellees, 330 F.2d 142 (5th Cir. 1964), un corredor de seguros aseguró erróneamente a un cliente que su propiedad en Texas estaba cubierta contra inundaciones por la póliza de seguro, cuando no era así. Tras un desastre natural que dañó la propiedad y ante la negativa de la aseguradora a cubrir el siniestro, el tribunal aplicó el principio de "promissory estoppel" para hacer valer un término implícito del contrato original, permitiendo al asegurado

[1578] *Brewer v. Universal Credit Co.,* 191 Miss. 183, 192 So. 902 (1940).

confiar en las descripciones proporcionadas sobre la cobertura de la póliza. Este caso ilustra cómo los tribunales han usado el promissory estoppel en contextos de seguros para proteger a los asegurados frente a informaciones incorrectas sobre sus pólizas. "Por lo tanto, el tribunal utilizó el promissory estoppel para hacer cumplir un término implícito en el contrato original: que el asegurado puede considerar las descripciones de la póliza como autorizada." (Barnett, R. y Becker, M. 1987, p. 464.)

Por otra parte, en el caso de *East Providence Credit Union v. Geremia*[1579], los demandados obtuvieron un préstamo para comprar un vehículo con la condición de mantener el seguro y pagar las primas. Cuando dejaron de pagar el seguro, el demandante prometió cubrir el seguro y las primas, pero no lo hizo, y el vehículo sufrió un accidente. La Corte aplicó la teoría del promissory estoppel para rechazar la pretensión del demandante de cobrar el resto de la deuda, ya que los demandados habían actuado confiando en la promesa del demandante.

Finalmente, en el caso de *Hessler, Inc. v. Farrell*[1580], relacionado con pensiones y asuntos laborales, Farrell, empleado de Hessler, Inc., trabajó durante años bajo la promesa de una pensión de retiro hecha primero por Hessler, Senior, y luego reiterada por su hijo. Farrell, confiando en esta promesa, rechazó otras ofertas de trabajo. Tras retirarse y no recibir la pensión prometida de $12,000 mensuales por 5 años, Farrell demandó a la empresa. La Corte aplicó la doctrina del *promissory estoppel* para hacer efectiva la promesa, obligando a la empresa a cumplir con la pensión acordada.

Las Cortes también han expandido el uso del PE a otras áreas como los acuerdos de alquileres, compra de acciones o notas promisorias. (Farber, D., y Matheson, J. 1985, p. 907).

En función a los casos analizados podríamos concluir que el PE se aplica en múltiples escenarios de la vida comercial, done podríamos mencionar algunos vectores:

1) Negociaciones implícitas.
2) Ofertas o promesas firmes.
3) Modificaciones de contratos.
4) Garantías que puedan considerarse como parte de una transacción general y
5) Las pensiones prometidas al momento de la jubilación o cerca de ella.
6) Acuerdos de alquileres.

[1579] *East Providence Credit Union v. Geremia,* 103 R.I. 597, 239 A.2d 725 (1968).
[1580] *Hessler, Inc. v. Farrell*, 226 A.2d 708 (1967).

7) Compras de acciones.
8) Compra de notas promisorias.

El promissory estoppel (PE) demuestra su versatilidad y predominio en diversos sectores, superando el ámbito de las negociaciones preliminares. Su aplicación no se limita a fases iniciales, sino que también es crucial en contextos donde ya existe un contrato establecido, permitiendo su modificación en situaciones como seguros o pensiones. Esto contrasta con el campo más restringido de la CIC, en especial la Ruptura Injustificada [maliciosa] de Negociaciones Preliminares (RINP), enfocado principalmente en las negociaciones preliminares en el derecho italiano y continental. Mientras la RINP se basa en la obligación de negociar de buena fe, el PE ofrece un espectro de acción más amplio, abarcando desde la modificación de contratos existentes hasta el aseguramiento de promesas en fases negociadoras.

9. Conclusiones

1. El promissory estoppel (PE) sortea con eficacia las limitaciones del Estatuto de Fraudes y la Regla de Evidencia Parol, a diferencia de la Culpa in Contrahendo (CIC).
2. Inicialmente un reemplazo de la consideración, el PE ha evolucionado para abordar situaciones indefinidas y desafiar normativas como el Estatuto de Fraudes.
3. El PE busca más que la compensación por daños (interés negativo), incluyendo la ejecución forzosa y beneficios perdidos, superando en justicia a la CIC.
4. La Doctrina de Actos Propios (DAP) es considerada vaga y extravagante por Diez Picazo.
5. La RINP se asemeja a la misrepresentación extracontractual del common law, centrada en la negociación de mala fe o el ocultamiento de información.
6. El PE tiene un alcance más amplio que la RINP, aplicándose más allá de las negociaciones preliminares y en contextos donde no existe consideración.
7. La RINP, enraizada en los torts, no se considera un sistema de responsabilidad único, siendo menos eficiente que el PE desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial.
8. El PE es una herramienta flexible y justa, basada en la equidad y eficaz al no imponer un deber específico de acción.

9. Mientras que la Ruptura Injustificada [maliciosa] de Negociaciones Preliminares (RINP) y la Culpa in Contrahendo (CIC) se enfocan únicamente en la búsqueda de compensaciones por daños emergentes (interés negativo o daños de confianza), el Promissory Estoppel (PE) amplía su alcance. Este último no sólo considera los daños por interés negativo (daño emergente) sino también los daños por interés positivo (lucro cesante o daños de expectativa), siempre y cuando el demandante pueda demostrar los daños con un grado de certeza razonable. Además, en ciertas ocasiones, contempla la ejecución forzosa (specific reliance).

10. No hay un equivalente del PE en el derecho continental o del civil law, destacándose por su eficacia y equidad en comparación con la Culpa in Contrahendo del civil law.

CONCLUSIONES

Primero

La Culpa in Contrahendo (CIC) es una doctrina alemana diseñada para abordar vacíos legales en la responsabilidad fuera del ámbito contractual. Ihering, su creador, sostenía que la responsabilidad del vendedor por daños al comprador se debía a su negligencia durante la negociación, no a la falta de buena fe. Ihering explícitamente manifiesta que la buena fe no puede ser el motor de la CIC sino la diligencia.

Segundo

Ihering originalmente argumentaba que en la Culpa in Contrahendo (CIC), el interés indemnizable podía ser tanto negativo como positivo. Sin embargo, esta perspectiva ha cambiado con el tiempo. Actualmente, la CIC se entiende como una teoría extracontractual moderna centrada en el incumplimiento del deber de negociar de buena fe y se limita a considerar únicamente el interés negativo, excluyendo el positivo.

Tercero

Mommsen basó su teoría del *dolus in contrahendo* en el engaño, no en la negligencia. Por otro lado, Windscheid se centró en el deber de cuidado, y su teoría fue ejemplificada en el caso del linóleo. Posteriormente, teóricos como Windscheid, Siber, Leonhard y Larenz incorporaron el elemento de buena/mala fe en la diligencia in contrahendo de Ihering. Esto llevó a que la CIC se enfocara en probar la mala fe, haciéndola una figura jurídica compleja y poco eficaz.

Cuarto

Faggella rechazó los conceptos de culpa y engaño, enfocándose en la responsabilidad precontractual basada en la autonomía de la voluntad, vista como una progresión de etapas preparatorias. Saleilles, en Francia, compartía esta visión con Faggella en Italia.

Quinto

El Código Civil italiano de 1942 introdujo la teoría de la ruptura injustificada de negociaciones preliminares, basada en la obligación de negociar de buena fe. Esta teoría contrasta con la del Promissory Estoppel (PE) del common law americano, que no reconoce explícitamente la buena fe como una condición en la negociación.

Sexto

Las fuentes romanas distinguen claramente entre negligencia y fraude, asociando este último con la mala fe y el dolo. En contraposición, la buena fe se ve como lo opuesto al fraude y al engaño.

Séptimo

La CIC puede desglosarse en tres aspectos: 1) Obligación de cuidado, vinculada a la responsabilidad extracontractual. 2) Obligación de informar sobre defectos del producto, relacionada con el derecho del consumidor. 3) Obligación de negociar de buena fe, que conduce a la ruptura injustificada de negociaciones preliminares.

Octavo

Demostrar la mala fe o el engaño es una tarea difícil, lo que hace que la CIC sea menos eficiente que el PE, que no requiere probar el estado mental del promitente. Esto puede ser considerado injusto, ya que impone una carga adicional al demandante.

Noveno

A pesar de la oposición inicial de Ihering a incluir la buena fe en la CIC, teorías posteriores la incorporaron, desplazando la diligencia a un segundo plano. Esto llevó a que la CIC se asemejara a la misrepresentation del common law, con los tribunales presumiendo buena fe y requiriendo que se pruebe la mala fe.

Décimo

Las falencias del sistema extracontractual alemán que dieron origen a la teoría de la CIC daban respuesta a daños al cuerpo, la vida o la salud de terceros, dejando el dano patrimonial a un lado. A Ihering le preocupa el “pure economic los” es decir el daño financiero o económico que estaba desprotegido.

Undécimo

El debate sobre la naturaleza jurídica de la CIC es controvertido y sin consenso. Algunos argumentan que tiene un carácter contractual, mientras otros la consideran extracontractual. Este debate refleja la complejidad y las múltiples interpretaciones de la responsabilidad precontractual.

Duodécimo

Se considera que la naturaleza jurídica de la CIC se arraiga en el sistema extracontractual, aplicándose tanto al deber de cuidado como al deber de informar y al deber de negociar de buena fe.

Décimo Tercero

La responsabilidad precontractual, o culpa in contrahendo (CIC), en el derecho civil se divide en tres áreas clave: el deber de cuidado o de protección, inspirado en el caso Linóleo y en línea con la doctrina de Windscheid, similar a la responsabilidad extracontractual en el common law, tiene sus raíces en el Digesto; el deber de informar, relacionado con la noción de misrepresentation en el common law y con raíces en el Digesto; y el deber de negociar de buena fe, que se conoce también como ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP). La integración del dolo en la CIC la convierte en un dolus in contrahendo, o ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares.

Décimo Cuarto

La primera faceta de la Culpa in Contrahendo (CIC), enfocada en el deber de cuidado o protección y ejemplificada por el caso Linóleo, es vista como innecesaria para situaciones contractuales en tratos preliminares. En lugar de ello, el sistema extracontractual español, el common law y el sistema romano del Digesto (a diferencia del alemán) abordan estos casos a través del principio de no dañar a terceros (neminem laedere), ofreciendo una solución alternativa para estas situaciones sin necesidad de recurrir a la estructura de la CIC.

Décimo Quinto

La segunda vertiente de la CIC, el deber de informar, se basa en el Digesto en el derecho civil. En el common law, esta vertiente se ha integrado en varias legislaciones, particularmente en contextos donde una parte tiene más información sobre un producto, como en seguros y transacciones financieras, suavizando el principio de "caveat emptor" en tales situaciones.

Décimo Sexto

La RINP, al incorporar el deber de negociar de buena fe, implica necesariamente la existencia de "mala fe" o dolo, transformando la CIC en un dolus in contrahendo y una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares. Esto la alinea con la misrepresentation del common law, donde el dolo predomina sobre la culpa.

Décimo Séptimo

En el marco de la CIC, especialmente la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), se presume la buena fe y se debe probar la mala fe. Este principio prevalece en países que siguen el sistema civil de la CIC.

Décimo Séptimo

La integración de la buena fe en la CIC convierte la diligencia in contrahendo en dolus in contrahendo y la RINP en Ruptura "maliciosa" de Negociaciones Preliminares, lo que implica demostrar el estado mental del promitente. Este proceso, costoso y complicado, hace que la CIC sea menos eficiente y justa en comparación con el Promissory Estoppel, que no requiere tal demostración y se basa en aspectos más objetivos

Décimo Octavo

En el common law americano, en casos de misrepresentación, el Restatement de Contratos permite demandar la rescisión del contrato si hay inducción a error, ya sea intencional, negligente o incluso inocente, siempre que la falsedad sea material. Por otro lado, el Segundo Restatement de Torts exige que la falsedad sea intencional (engañosa o de mala fe), similar a la CIC, y permite demandar por daños y perjuicios. La diferencia clave radica en la intencionalidad de la falsedad y el tipo de compensación que se puede solicitar.

Décimo Noveno

En casos de misrepresentation o falsedad fraudulenta, es crucial establecer una representación, su falsedad y su relevancia en función de la intención de engañar. Además, se debe demostrar que el promisor conocía la falsedad o desconocía la verdad, y tenía la intención de engañar. También es necesario comprobar que el promisario se basó en la misrepresentation y sufrió daños como consecuencia.

Vigésimo

En la misrepresentation o falsedad negligente, se enfatiza la necesidad de establecer una misrepresentation o falsedad, su materialidad y la falta de cuidado razonable del promitente. Es importante demostrar que el demandante se basó razonablemente en la misrepresentation y sufrió daños como resultado.

Vigésimo Primero

El deber de protección o cuidado es considerado igual en los sistemas de civil law y common law, integrándose plenamente en la responsabilidad extracontractual. Aunque en Alemania, el BGB aún lo aborda desde una perspectiva contractual. Este deber, con raíces en el Digesto, no necesitó una nueva categoría bajo la Culpa in Contrahendo, reflejando su naturaleza fundamental en la responsabilidad por daños a terceros en ambos sistemas legales.

Vigésimo Segundo

El deber de informar, originario del Digesto, es fundamental en el derecho civil y en el common law. En este último, el principio de "caveat emptor" se ha modificado para proteger al consumidor, siendo la misrepresentation fundamental en esta protección.

Vigésimo Tercero

La Ruptura Injustificada [maliciosa] de Negociaciones Preliminares (RINP) en la CIC ha evolucionado para incorporar el concepto de buena fe y mala fe en casos de desinformación o engaño, asemejándose a la misrepresentation fraudulenta en el common law.

Vigésimo Cuarto

Existe una similitud significativa entre la RINP en el civil law y la misrepresentation en el common law, especialmente en la necesidad de demostrar mala fe y engaño para establecer la responsabilidad.

Vigésimo Quinto

La teoría original de la diligencia in contrahendo, propuesta por Ihering, se centraba en la responsabilidad del promitente por no actuar diligentemente en las negociaciones preliminares. Posteriormente, se amplió a un concepto de dolo in contrahendo, exigiendo demostrar la existencia de mala fe o dolo por parte del promitente.

Vigésimo Sexto

Se ha realizado una comparación casi idéntica entre la CIC y la figura de la misrepresentation engañosa o dolosa, especialmente en casos de Ruptura [maliciosa] Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP) desde la perspectiva del promisario engañado.

Vigésimo Séptimo

La figura de la CIC, especialmente en relación con la omisión de informar cuando existe una obligación de hacerlo, está estrechamente relacionada con la figura de la misrepresentation en el common law.

Vigésimo Octavo

En España, el RINP (o CIC) se basa en la ruptura injustificada [maliciosa] de negociaciones preliminares y en la mala fe del demandado, que debe ser probada (ya que la buena fe es presumible) siendo una condición esencial para la responsabilidad precontractual. El RINP es parte de la responsabilidad aquiliana o extracontractual y sólo permite acciones para reclamar un interés negativo.

Vigésimo Noveno

En Alemania, el deber de brindar información en la etapa precontractual está imbuido del principio de buena fe. Sin embargo, hay críticas a la jurisprudencia que exige al demandante probar la obligación de divulgar información en la fase precontractual, contradiciendo la doctrina de la CIC.

Trigésimo

En Francia, la CIC por responsabilidad precontractual se asemeja a la responsabilidad extracontractual. La jurisprudencia francesa pone énfasis en la obligación de la parte demandante de ejercer la diligencia adecuada al momento de contratar.

Trigésimo Primero

En Italia, la responsabilidad precontractual se considera como un "contacto social cualificado", basada en la violación de la buena fe en las negociaciones. A pesar de los esfuerzos por diferenciarla de la responsabilidad extracontractual, la CIC permanece influenciada por los deberes de buena fe, protección, vigilancia e información.

Trigésimo Segundo

Generalmente, no todas las promesas hechas por el promitente son legalmente vinculantes a menos que se pruebe la mala fe de éste. Esta exigencia de demostrar mala fe hace que el Promissory Estoppel (PE) sea una herramienta más ágil y eficiente en los tribunales. A diferencia del RINP, el PE no se centra en la buena o mala fe, que queda reservada para casos de misrepresentation o

fraude. Esta distinción hace que el PE sea un mecanismo más accesible para abordar ciertas situaciones precontractuales, especialmente en sistemas jurídicos que valoran la claridad y la eficiencia procesal.

Trigésimo Tercero

La teoría de la consideración, originada posiblemente por una interpretación errónea de casos jurisprudenciales, presenta falencias, especialmente en situaciones donde una parte incurre en un detrimento sin que la otra obtenga un beneficio inmediato. Esto ha llevado a cuestionamientos sobre su efectividad en abarcar todas las complejidades de las transacciones modernas.

Trigésimo Cuarto

El Promissory Estoppel (PE), desarrollado a partir de las deficiencias de la teoría de la consideración, se basa en la confianza y ha emergido como un pilar de la responsabilidad precontractual. Aunque supera algunas limitaciones de la consideración, no la invalida completamente, sino que proporciona un enfoque complementario en situaciones donde la consideración no es aplicable.

Trigésimo Quinto

La consideración se mantiene relevante en el contexto del intercambio patrimonial quid pro quo, sirviendo como fundamento para reclamar daños por expectativas (expectation damages). Sin embargo, en comparación, el PE se extiende más allá, permitiendo reclamar tanto el interés positivo como la ejecución forzosa (specific performance). Para reclamar el interés positivo, el demandante necesita probar los daños con un grado de certeza razonable.

Trigésimo Sexto

En la práctica actual, el rol de la consideración se limita principalmente a los contratos sinalagmáticos. Su aplicación se ha mostrado insuficiente en casos como las donaciones y otras situaciones patrimoniales donde no hay beneficio recíproco, evidenciando sus limitaciones en el contexto contemporáneo. Sin embargo, el PE soluciona estos problemas de las donaciones cuando existe “reliance” (confianza).

Trigésimo Séptimo

La teoría de la consideración no es un monolito; es el resultado de múltiples factores y no hay consenso sobre su origen exacto. Su relevancia está disminuyendo gradualmente, dando paso a teorías más adaptativas como el Promissory Estoppel.

Trigésimo Octavo

Ante las limitaciones de la doctrina de la consideración, tanto en la teoría como en la jurisprudencia, se están explorando nuevas formas de adaptar y expandir esta doctrina. Esto incluye el desarrollo de nuevos enfoques jurídicos, como el Promissory Estoppel, para resolver problemas contractuales más complejos y contemporáneos.

Trigésimo Noveno

El Promissory Estoppel se presenta como una alternativa viable, especialmente en contextos donde la consideración tradicional no ofrece una solución adecuada. Funciona en paralelo con la doctrina de la consideración, ampliando el alcance y la flexibilidad del derecho contractual para abordar las dinámicas cambiantes de las relaciones comerciales y personales.

Cuadragésimo

El Promissory Estoppel (PE) demuestra una notable habilidad para superar las restricciones del Estatuto de Fraudes y la Regla de la Evidencia Parol, lo que lo diferencia de la Culpa in Contrahendo (CIC), que encuentra más dificultades en estos aspectos. Esto refleja la mayor adaptabilidad del PE a las complejidades del derecho moderno.

Cuadragésimo Primero

El Promissory Estoppel (PE) va más allá de buscar simplemente el interés negativo; también apunta hacia el interés positivo y la ejecución forzosa (specific performance). Este enfoque se enfoca en daños como las expectativas frustradas (lucro cesante), siempre que el demandante pueda demostrar dichos daños con un grado de certeza razonable. Este alcance ampliado del Promissory Estoppel (PE) lo hace más equitativo y justo en comparación con la Culpa in Contrahendo (CIC), especialmente en su modalidad de Ruptura Injustificada [maliciosa] de Negociaciones Preliminares (RINP).

Cuadragésimo Segundo

La Doctrina de la Actuación Propia (DAP) es vista como una doctrina vaga e imprecisa, y según Diez Picazo, incluso extravagante. Esta crítica subraya la necesidad de claridad y precisión en las teorías jurídicas.

Cuadragésimo Tercero

El PE tiene una aplicación más amplia que la RINP, abarcando situaciones que van más allá de las negociaciones preliminares. Esto incluye contextos donde no existe consideración, como en seguros o pensiones, mientras que la RINP y otras formas de la CIC se limitan más estrictamente a las negociaciones preliminares.

Cuadragésimo Cuarto

La responsabilidad precontractual, representada por la RINP, está fuertemente vinculada con el sistema de responsabilidad extracontractual (torts), y no es considerada una forma de responsabilidad única o sui generis. Esto sugiere que la CIC, en comparación con el PE, no es tan efectiva desde un punto de vista teórico o jurisprudencial.

Cuadragésimo Quinto

El PE se destaca por su flexibilidad y capacidad para lograr resultados justos más allá de la mera formalidad legal. Su enfoque en la equidad y la justicia, sin imponer un deber específico de comportamiento, hace que su aplicación sea más efectiva y eficiente en comparación con la CIC, que requiere la demostración de mala fe por parte del demandante.

Cuadragésimo Sexto

El análisis de la jurisprudencia en ambos sistemas legales (common law y civil law) revela que, mientras la CIC en su forma de "obligación de informar" se asemeja a la misrepresentación del common law, la RINP se alinea más con el sistema de torts o responsabilidad extracontractual, mostrando similitudes con la misrepresentación del common law.

Cuadragésimo Séptimo

No existe en el derecho continental, romano-germánico o del civil law, un equivalente al PE. Esto concluye que el PE en el sistema del *common law* destaca por su incomparabilidad en el *civil law*, superando en eficiencia y equidad a la figura de la *Culpa in Contrahendo*.

ANEXO I

REFERENCIAS A LA OBRA DEL DIGESTO DE IHERING

ANEXO I

REFERENCIAS A LA OBRA DEL DIGESTO DE IHERING

Casos de Ihering (1861), introducción: casos:

Página	Casos	Doctrina, fuentes y comentario
7	Alguien quiere pedir 100 libras de una mercancía, pero confunde el signo de libra con el de quintal; llegan los 100 quintales y son rechazados por él. O se supone que el corresponsal de una casa de comercio ordena cierta mercancía en nombre del principal, pero se equivoca en el nombre de la misma. No cabe duda de que el contrato es nulo, siempre que pueda probarse efectivamente el error. Pero, ¿quién se hace cargo de los gastos de embalaje y envío desperdiciados? ¿La parte culpable no es responsable frente al oponente del reembolso de los gastos causados por su culpa? (p. 7)	¿La cuestión de si la parte errada no debería compensar al oponente por el daño causado por su culpa?... No hay *actio doli* (no hay dolo), tampoco hay *Actio Legis Aquiliae* (no hay culpa extracontractual) porque no hay daño a la propiedad (acá sugiere la idea del "pure economic loss" (p. 8) no se puede reclamar el cumplimiento del contrato pero hay una reclamación de daños y perjuicios por culpa. (p. 8)
9	El del error del mensajero. Le pido a un amigo que viaja a Bremen que pida 1/4 de caja de puros a mi proveedor de puros, pero comete un error y pide 4 cajas. Me las envían, pero las rechazo. ¿El remitente tiene que hacerse cargo del doble de los gastos de transporte, o puede pedirnos al mensajero o a mí que se los reembolsemos? (p. 9)	El contrato no se realizó debido a la falta de consenso sobre la cantidad de los bienes en consecuencia no es posible cumplir con los requisitos del acto legis Aquiliae, no están presentes. "En contra de mi suposición de que el derecho romano nos ha dejado completamente desamparados en este punto, surgió una objeción en esta revista… por parte de Schiten Bahr. Él sostiene que el mensajero que comete un error se convierte en procurador y, como tal, es responsable ante el tercero por la existencia del mandato. Esto significa, en otras palabras, que así como según el derecho romano el procurador, al haber celebrado el contrato por sí mismo, es responsable inicialmente y pierde el derecho de dirigir una acción cuasi institoria contra el mandante al excederse

		de su mandato, de la misma manera se debe considerar al mensajero como contratante absoluto y, por lo tanto, tiene que cumplir el contrato. Sin embargo, esto no se puede justificar teóricamente y no se podría considerar prácticamente apropiado. Sería sustituir a la persona que, según la intención de las tres personas involucradas, debería ser el verdadero contratante, por otra que no debería serlo según la voluntad de todas ellas." (p. 10)
10-11	La empresa X en Colonia encargó al banco Z en Frankfurt, a través de un telegrama, vender una cantidad significativa de ciertos valores gubernamentales en su nombre. Sin embargo, debido a algún error ocurrido durante la transmisión del telegrama, se omitió la palabra "vender" y el mensaje se entregó al destinatario en esa forma y fue ejecutado por él. Dado que los mencionados valores sufrieron una disminución considerable en su cotización poco después, la diferencia fue muy significativa, ascendiendo a alrededor de 30,000 florines, según creo. ¿Podía Z exigir que X le reembolsara esa cantidad? Este último lo negó, argumentando que el mandato, como todo contrato, requería consentimiento, pero que éste faltaba en el caso presente. Sin embargo, fue condenado por la autoridad competente; lamentablemente, no pude averiguar las razones de esta decisión, pero la propia decisión fue de gran interés para mí, ya que me reafirmó en mi convicción de que la vida no puede conformarse con la mera nulidad del contrato según el derecho romano en casos como éste y similares, sino que plantea una demanda ineludible de indemnización por daños y perjuicios. Sin importar cómo se pueda construir esta última teóricamente, una cosa estaba clara para mí: no se puede prescindir de ella en absoluto, y si el enfoque inicial que elegí de la ley Aquilia resultara insostenible, se podría encontrar otro enfoque teóricamente	La vida en estos y otros casas se basa en la nulidad pura del contrato según el derecho romano (p. 11), "el acto legis Aquiliae debe ser insostenible, se puede encontrar otro teóricamente completamente satisfactorio para ellos" (p. 11) "Estaba claro que un error tipográfico, un mensaje o telegrama ordenado incorrectamente en transacciones no contractuales no creaban simplemente una obligación de pagar daños y perjuicios (p. 11) "Con eso había ganado una demarcación firme del territorio de nuestra culpa, a saber, *el de la culpa al celebrar contratos: culpa in contrahendo."* (p. 11). Conclusión: "La constatación más importante de todas, para mí, fue que el propio derecho romano había declarado la responsabilidad por daños y perjuicios en dos supuestos: el de la venta de una *res extra commercium* y el de una herencia inexistente." (p. 11)

	completamente satisfactorio para ella. (p. 10-11).	

Ihering (1861), I. Contenido inmediato del material Fuente (pp. 12 y ss), referencias al Digesto[1581]

Página	Referencia del Digesto	Cita del Digesto
12-13	62 § 1 de contr. em. (18, 1) (Modestino): Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica per privatis comparaverit, **licet emtio non teneat**, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod intertuit ejus ne deciperetur.	Aquel que, **sin saberlo**, adquiera lugares sagrados, religiosos o públicos a través de particulares, **aunque la compra no sea válida,** aún podrá ejercer una acción contra el vendedor para obtener lo que le corresponde, a fin de no ser engañado. (pp. 12-13)
13	§ 5 J. de emt. y vender (3. 23): [Loca sacra vel religiosa item publica vel uti forum basilicam frustra quis sciens eruit] quae taman si pro profanes vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei lice bat, ut consequatur quod sua interest cum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum per servo emerit" (p. 13).	Si alguien, **a sabiendas**, destruye en vano lugares sagrados o religiosos, así como lugares públicos o incluso un foro o basílica que no le pertenezca, y luego, si alguien, **engañado por un vendedor**, compra esos lugares como si fueran profanos o privados, tendrá una acción en contra del vendedor por lo que no le estaba permitido tener, para obtener lo que le corresponde ya que no ha sido engañado. Lo mismo se aplica si alguien compra a un esclavo como si fuera un hombre libre
13	8 §1 de relig. (11, 7) (Ulpiano): Si locus re ligiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae actio et in heredem com petit, cum quasi ex emto actionem contineat. (p. 13).	Si se dice que un lugar religioso se ha vendido como si estuviera libre de cargas, el pretor concede una *acción in factum* contra aquel a quien pertenece dicha cosa, acción que también se dirige al heredero, ya que se considera una acción como si se hubiera comprado.
13	8 y 9 de hered. vender. (18.4) (Javolenus) ... si nulla est (hereditas), de qua actum videatur pretium duntaxat et si quid in eam rem impensum est, emtor a vend1tore	Javolenus: Cuando el vendedor no tiene derecho de sucesión sobre una propiedad, para determinar cuánto debe pagar al comprador, se debe hacer una distinción: si existe un derecho de sucesión en realidad,

[1581] Emperador Justiniano. (530). Digesto del Emperador Justiniano, recuperado de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm, traducido por Samuel P. Scoot (Cincinnati 1932) [Consulta: 13 de Junio, 2023].

	consequatur. 1. 9 (Paulus) et si quid emtoris interest.	pero no pertenece al vendedor, este deberá valorarse; pero si no hay ningún derecho de sucesión en absoluto, en relación con el cual se haya realizado el acuerdo, el comprador sólo puede recuperar del vendedor el precio que pagó y los gastos en los que incurrió debido a la propiedad. 9. Paulus: Y cualquier interés que tenga el comprador en que se concluya la venta.

Conclusiones Preliminares de Ihering (1861):

> En primer lugar, la equiparación mencionada en algunos puntos entre la culpa lata y el dolus sólo se aplica a relaciones contractuales. ¿A dónde nos llevaría si alguien pudiera ser demandado por culpa lata en situaciones extracontractuales, al igual que por dolus? Una expresión descuidada, la difusión de un rumor, una información falsa, un mal consejo, un juicio imprudente, la recomendación de una empleada anteriormente despedida por parte del antiguo empleador, la solicitud de información sobre una ruta, el tiempo, etc., por parte de alguien que pasa, en resumen, cualquier cosa y todo exigiría la compensación de los daños causados debido a la culpa lata, **a pesar de toda buena fe**. La acción de dolo se convertiría en una verdadera plaga en la sociedad y las relaciones sociales perderían su espontaneidad, la palabra más inocente se convertiría en una trampa. Aparte de la referencia general mencionada en la nota 13, el derecho romano tampoco ofrece ninguna base para esta opinión. Por el contrario, la descarta de manera explícita al establecer que la **acción de dolo** se refiere específicamente a la intención fraudulenta. (p. 15).

Nota 13 de Página 15:

Referencia al Digesto	Cita del Digesto
1.1 § 1 si mensor (11. 6): Si mensor falsum modum dixerit, quanti ea	El Pretor concede una *acción in factum* contra un agrimensor de tierras, **ya que no debemos ser engañados** por él, ya que estamos interesados en obtener un informe preciso de las mediciones; por ejemplo, cuando surge una controversia respecto a los límites, o cuando el comprador o vendedor

res est, tantum repeti potest.	desea determinar el tamaño de la parcela de tierra a ser vendida. Concede esta acción porque las antiguas autoridades no consideraban que el contrato hecho con una persona de este tipo fuera de arrendamiento, sino que sus servicios eran donados como un favor, y por lo tanto, lo que se le daba a modo de remuneración era designado como honorario; pero si se presenta una acción por arrendamiento, debe decirse que se presenta sin propósito alguno. (1) **Esta acción sólo requiere la existencia de mala fe**. Se sostuvo que el agrimensor estará completamente restringido si sólo puede ser demandado por mala fe positiva, ya que no es civilmente responsable. Por lo tanto, si ha mostrado falta de habilidad, aquél que lo empleó sólo tiene la culpa a sí mismo, pero si fue culpable de negligencia, estará igualmente protegido; y es evidente que la negligencia grave se asemeja a la mala fe. Pero cuando recibe compensación, según los términos del Edicto, será responsable de todo tipo de negligencia; sin duda, el Pretor sabe que las partes de este tipo trabajan a cambio de un pago.
32 Dep. (16, 3)	Si devolvieres a Ticio una propiedad que te ha sido depositada por un esclavo de quien creías que Titius era el amo, cuando no lo era; no serás responsable de una acción de depósito, dice Celso, porque no hay fraude de tu parte; pero el amo del esclavo puede entablar una acción contra Titius a quien se entregó la propiedad. Si produce la cosa, puede recobrarla con una acción, pero si la usó sabiendo que era ajena, se le dictará sentencia contra él, **porque actuó dolosamente** para no quedar en la posesión.
1.7 § 1 de susp. tut. (26. 10)	Cuando un tutor **no haya cometido dolo**, sino una negligencia grave que se asemeja mucho al fraude, debe ser removido por ser sospechoso.
1.1 § 5 de 0. Et A (44. 7)	También él, con quien depositamos bienes, es responsable ante nosotros por ellos, y está obligado a devolver el mismo artículo que él mismo recibió. Mas si por negligencia perdiere lo que se le encomendó, quedará libre de responsabilidad, ya que no lo recibió para su propio beneficio, sino para el de quien lo obtuvo, y **sólo será responsable si alguno de ellos se perdió por fraude**. Sin embargo, no será responsable por negligencia el que confió su propiedad a un amigo suyo, que fue negligente, porque sólo él tiene la culpa. **Aún así, se ha decidido que la culpa grave se incluye en el delito de estafa**.
I. 226 de V. S. (50.26)	Si un esclavo vende la propiedad de otra persona en nombre de su amo, el comprador no tiene acción de compra. Incluso si el dueño tiene derecho a recuperar la propiedad por la condición, el comprador puede ser liberado por **una excepción por dolo**.

"Nuestra pretensión, como se verá más adelante, es que el vendedor indemnice al comprador por aquellas acciones perjudiciales a las que le haya causado la creencia en la validez del contrato, es decir, que sepa o deba saber que el contrato es nulo." p. 16.

Nota 15, página 16.

1.1§1 de act. em. (19.1) [p. 16] non videtur esse celatus qui scit (ésta es la base para el deber de informar, y el *caveat emptor*, no hay deber de informar un defecto que no se conoce)	(1) Si el vendedor sabía que la propiedad estaba sujeta a una servidumbre y lo ocultó, no puede evitar una acción de compra, siempre y cuando el comprador ignorara que esto era así; porque **todo lo que se hace en violación de la buena fe está incluido en una acción de compra**. Entendemos que el vendedor conoce la carga y la oculta, no sólo cuando no lo notifica al comprador, **sino también cuando niega que dicha servidumbre esté presente, cuando se le pregunta al respecto**[1582]. Si sugieres, por ejemplo, que el vendedor dijo: "No se debe ninguna servidumbre, pero en caso de que aparezca una inesperadamente, no seré responsable", **creo que estará sujeto a una acción de compra, porque la servidumbre existía y él lo sabía**. Sin embargo, si el vendedor tomó medidas para evitar que el comprador descubriera que existía una servidumbre, sostengo que estará sujeto a una acción de compra. Y, en general, diría que si actuó fraudulentamente al ocultar la existencia de la servidumbre, debe ser considerado responsable, pero no después de haber consentido en proporcionar la garantía. **Estos principios son correctos cuando el comprador desconocía la existencia de las servidumbres, ya que no se le considera haber ocultado nada cuando la otra parte lo sabe, ni se debe informar a quien no desconoce los hechos**. (p. 16)
1.14 §10 de aed. (21.1) [p. 17]	(10) Cuando la existencia de un defecto no fue mencionada expresamente por el vendedor, pero era de tal naturaleza que sería evidente para todos; por ejemplo, si el esclavo era ciego, o tenía una cicatriz manifiesta y peligrosa en la cabeza o en alguna otra parte de su cuerpo, Caecilius dice que el vendedor no será responsable por este motivo, de la misma manera que si hubiera mencionado expresamente el defecto, ya que se sostiene que el Edicto de los Ediles se refiere únicamente a enfermedades y **defectos que el comprador desconocía o podía desconocer.**

Nota 18, p. 18

1.23 § 1 de aed. (21, 1) [p. 19, **nota 18**]	(1) Los ediles ordenan que todas las accesiones a la venta también sean devueltas, y todas las añadiduras que el propio vendedor haya proporcionado también deben ser reparadas; de modo que ninguna de las partes, si se rescinde la venta, obtendrá algo más de lo que habría obtenido si la venta no se hubiera hecho.

Ihering se pregunta, p. 19:

[1582] Caso de *misrepresentation*.

"¿Qué tipo de interés el *acto emti*[1583] en nuestro caso, según la clara expresión del pasaje de Modestino y las instuciones: *quod ejus interfuit, ne deciperetur*?" ("Lo que le incumbía, para evitar ser engañado.") (p. 19)

En cuanto a la cita de Modestino (62 § 1 de contr. em. (18, 1) (Modestino) [1584]: Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica per privatis comparaverit, **licet emtio non teneat**, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod intertuit), que se traduce como:

Aquel que, sin saberlo, adquiera lugares sagrados, religiosos o públicos a través de particulares, **aunque la compra no sea válida,** aún podrá ejercer una acción contra el vendedor para obtener lo que le corresponde, **a fin de no ser engañado**. (pp. 12-13)

Ihering (1861) dice:

"…Las palabras ***licet emtio non teneat*** en el pasaje de Modestino podrían tener el significado de que la venta, si bien no puede crear aquí la obligación de crear la cosa misma prometida, sin embargo obliga al vendedor, a saber, a la ejecución de un equivalente". Eso sería decir: dar en otra forma lo mismo que fue negado en una forma. ¡Qué otra cosa es el cumplimiento del equivalente sino una forma de cumplir el contrato en lugar de en especie en dinero? Tanto menos si uno pudiera formarse esta opinión precisamente para el derecho romano, cuando de acuerdo con los principios del proceso romano, la demanda del demandante era siempre por una sentencia pecuniaria, nunca por la cosa en sí misma ¿Qué diferencia práctica habría hecho si la ley en nuestro caso hubiera sido válida o nula? En cualquiera de los dos casos, el demandante habría recibido exactamente lo mismo y la nulidad alegada habría sido un juego de palabras vacío". (p. 19).

Y concluye:

"En consecuencia, puede decirse con absoluta certeza que el comprador -o digamos a partir de ahora, cuando ya no nos limitemos al caso de los pasajes anteriores- dire: el demandante, só1o afirma un interés en la no -conclusión del contrato… puede exigir la reparación del

[1583] Acto emti se refiere an contrato de compra-venta.
[1584] Libro 18, Título 1, 62, Sección 1

daño que le haya causado la celebración del contrato (considerado como un hecho externo)." (p. 20).

Nota 21, p. 20, Ihering dice:

Sobre la ausencia de conocimiento del comprador, la acción redhibitoria y el *acto emti*:

> "El 1er 13 pr. § 1-3 de la ley. em. (19. 1) parece hacer que la reclamación por daños y perjuicios dependa del conocimiento del vendedor, incluso si el contrato es válido. Ella sola habla del *acto emti* (*in condemnatione ex emto* [en la condena de la compra]), que a este respecto estaba sujeta a principios diferentes a los de la *acción redhibitoria*. Pues mientras esta última hace al vendedor absolutamente responsable (**1. 1 § 2 de aed. ed. 21.1** compárese con los pasajes de la Nota 18), el primero só1o le obliga a condición de conocimiento o promesa expresa de la ausencia del error." (p. 20, nota 21).

Nota 21 de página 20	**Cita del Digesto**
El 1er 13 pr. § 1-3 de la ley. em. (19. 1) [**nota 21, p. 20**] (Ihering: "parece hacer que la reclamación por daños y perjuicios dependa del conocimiento del vendedor, incluso si el contrato es válido. Ella sola habla del acto emti (in condemnatione ex emto"), que a este respedo estaba sujeta a pnicipios diferentes a los de la act redhibitoria.)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXXII. Juliano, en el Libro XV, establece una distinción en relación con la emisión de una decisión en una *acción de compra* entre **una persona que vendió conscientemente la propiedad y una que lo hizo ignorando**; porque él dice que cualquier persona que vendió un rebaño que está enfermo o una viga defectuosa, y lo hizo ignorando, debe cumplir con la reclamación en una *acción de compra*, en la medida en que el comprador habría pagado menos si hubiera sido consciente de dichos defectos. Sin embargo, **si él estaba consciente de ellos, y guardó silencio, y engañó al comprador**, **estará obligado a reparar toda la pérdida que el comprador sufrió por dicha venta**. Por lo tanto, si un edificio se derrumbara debido al defecto en el precio de la madera mencionada anteriormente, su valor total debe estimarse al calcular los daños; o si el rebaño muere por la contagio de la enfermedad, el comprador debe ser indemnizado en la medida del interés que tenía en la venta de la propiedad en buen estado. (1) Además, cuando alguien vende un esclavo que es un ladrón o que tiene el hábito de escaparse, **y lo hace conscientemente**, debe indemnizar al comprador por la cantidad de su interés en no ser engañado. Sin embargo, **si desconocía esto cuando vendió** al esclavo, será responsable con respecto a un esclavo que tiene el hábito de escaparse en la medida del monto menor que el comprador habría pagado si hubiera sabido que tenía

	tal hábito; pero no será responsable en absoluto cuando el esclavo sea un ladrón. La razón de esta distinción es que un esclavo fugitivo no puede ser mantenido bajo custodia, y el vendedor es considerado responsable, por así decirlo, por evicción; pero podemos controlar a un esclavo que es un ladrón. (2) Mucho se incluye en la cláusula que mencionamos, a saber: "En la medida del interés del comprador en no ser engañado", como, por ejemplo, si hubiera solicitado a otros que se escaparan con él o si hubiera robado bienes en el momento de su huida. (3) Sin embargo, ¿**qué sucedería si el vendedor no era consciente de que el esclavo era un ladrón** y había dado la garantía de que era frugal y fiel, y lo vendió a un alto precio? Veamos si estaría sujeto a una acción de compra. Creo que sería responsable, pero supongamos que desconocía el carácter del esclavo. No debería afirmar tan enfáticamente algo que no sabía. Entonces, hay una diferencia entre este caso y aquel en el que el vendedor conocía el carácter del esclavo, **porque aquel que sabe debe advertir al comprador que es un ladrón, pero en el otro caso, no debería estar tan dispuesto a hacer una declaración apresurada**.

Referencia	**Cita del Digesto**
1.1 § 2 de aed. ed. 21.1 (Ella sola habla del acto emti (in condemnatione ex emto"), que a este respecto estaba sujeta a principios diferentes a los de la *act redhibitoria*. Pues mientras esta última hace al vendedor absolutamente responsible) p. 20	La razón de la promulgación de este Edicto fue prevenir los fraudes de los vendedores y brindar alivio a los compradores que han sido engañados por los vendedores. Sin embargo, debemos entender que **el vendedor**, incluso si desconocía las cosas que los Ediles ordenaron observar, **seguirá siendo responsable**; **y esto no es injusto, ya que un vendedor puede obtener fácilmente conocimiento de estos asuntos, y no hace ninguna diferencia para el comprador por qué es engañado, ya sea por la ignorancia o la astucia del vendedor.**

Sobre el interés positivo y negativo (p. 21)

> "Sin embargo, la celebración del supuesto contrato también puede haber resultado en un lucro cesante para el demandante, ya sea porque desestimó otra oportunidad para celebrar el mismo o simplemente no buscó una en una fecha posterior. El cochero que por error reservó para un día diferente al previsto, el posadero que accidentalmente reservó habitaciones en el

domicilio en lugar de otra persona, no han sufrido perjuicio positivo alguno por este error, sólo si ambos en si, como consecuencia de este pedido, ha rechazado otra oportunidad que se le presentó para vender su vehículo o sus habitaciones, esto es completamente equivalente a una pérdida de efectivo para ambos. **Sin esa oportunidad, por supuesto, el descuido no habría tenido consecuencias adversas para ella**.

El interés negativo a veces puede alcanzar el nivel del positivo. En los dos últimos casos, los demandantes reciben exactamente lo que habrían recibido si se hubiera cumplido el contrato." (p. 21)

En consecuencia, podría parecer que el comerciante que envió1as 10 cajas de cigarros que había pedido por error en lugar de 1/10 y luego las recibió devueltas podría reclamar el lucro cesante, siempre que estuviera seguro de esta cantidad en función de su situación de venta, puede vender.

Pero era posible entonces, por lo que todavía es posible ahora, en otras palabras, la ganancia no se le retira, sino que sólo se postpone, él puede compensarla, mientras que el posadero *y* el cochero ya no pueden hacerlo. (p. 22)

Ciertamente, sin embargo, las circunstancias también pueden desarrollarse con el comerciante de tal manera, al menos con ciertos artículos comerciales, que el incumplimiento causado por la ejecución del contrato ficticio y la disputa sobre su devolución, etc., prácticamente elimina la posibilidad de venderlo a otra persona sin pérdida (ut opportunitatem em-toris, cui venum dari potu it. Perirneret [para que la oportunidad del comprador, a quien pudo haberse vendido, no se perdiera] como dice 1.33 de dolo 4.3), así en el caso de artículos de moda que ya no estén de moda, pescados de mar que estén en mal estado, libras que ya hayan sido publicados en una segunda edición, billetes de lotería si el sorteo se ha realizado desde entonces, etc." (p. 22)

II. **Justificación de la teoría de la culpa in contrahendo**. (p. 23)

Siguiendo las fuentes, la versión anterior ha tratado de explicar los factores esenciales de los que depende nuestra pretensión de indemnización, pero ello en modo alguno da una idea

de la naturaleza jurídica de la misma, y sin embargo se hace un juicio definitivo sobre ella indispensable no sólo desde el punto de vista del interés teórico, sino también con el propósito de un tratamiento dogmático más detallado de la relación. Las propias fuentes, como se ha dicho, no nos dan ninguna información directa sobre esta cuestión, pero en mi opinión, las indicaciones que proporcionan son más que suficientes para responderla. (p. 23)

El hecho de que el contrato no se haya producido legalmente en absoluto parecería que nos remitiera necesariamente al ámbito del daño extracontractual, y en la medida en que no veamos la denuncia como una irregularidad jurídica, completamente aislada e inexplicable… sólo nos quedaría la opción de enviarlos al **acto de dolo o al acto legis Aquiliae**." (p. 23)

El daño visible y material a los objetos externos (cosas o personas) no es en efecto una disposición positiva del derecho romano, sino fundada en la naturaleza de las cosas, y es precisamente por esta razón que los juristas romanos a pesar de toda la libertad permitieron la ampliación de la *querella aquileana*, pero siempre se mantuvo este límite. (p. 24)

Nota 25 página 26

Referencia	Cita del Digesto
1. 26 pr. § 1 Mand. (17. 1) nam mandatum solv1tur morte; tamen per ignorantiam impletum est, competer actionem utilitatis causa dicitur.	En efecto, un mandato se extingue por la muerte; sin embargo, si se cumple por ignorancia, se dice que procede una acción por causa de utilidad.

Nota 26 página 27

Referencia	Cita del Digesto
1. 8 § 1 de relig. (11 .7)	(1) En el caso de que se alegue que un lugar religioso ha sido vendido como profano, el Pretor concede una *acción in factum* a favor de la parte interesada en el asunto contra el vendedor; y esta acción también puede

	ser interpuesta contra el heredero de este último, ya que se asemeja a una acción sobre un contrato de venta.

> "Como es bien sabido en boca de los juristas romanos, la denominación de la acción no es un mero nombre o algo meramente procesalmente significativo, sino la expresión del caracter sustantivo-jurídico de la relación subyacente. La *actio emti* en nuestro caso, traducida al lenguaje del derecho sustantivo, significa tanto como: la pretensión de daños y perjuicios se funda en una obligación contractual.
>
> Pero, ¿cómo es esto posible si el contrato mismo es nulo? Si la "nulidad" o "nullam esse emptionem" significaba la ineficacia total del contrato, un acto emti de tal contrato ser un absurdo." (p. 27)

<u>Efecto Principal y Efecto Accesorio del Contrato</u>:

Si el acto doli y ell egis aquiliae no sirven, cree encontrar alguna explicación en el acto emti reservado al contrato:

> "El otorgamiento del *acto emti* es una prueba segura de que el contrato ha producido ciertos efectos, por lo que el término nulidad si se usa apropiadamente, sólo puede tener un significado limitado, no la ausencia de todos sino solo ciertos efectos. El propósito de todo contrato es el cumplimiento, por lo que el efecto buscado es crear una responsabilidad por el cumplimiento. Ahora bien, si se excluye este efecto por falta de algún requisito necesario, es decir, se frustra el objeto real del contrato, lo llamamos nulo, y en consecuencia determinamos los conceptos de validez y nulidad del contrato según el objeto práctico principal del contrato. Pero esto es bastante compatible con el hecho de que el contrato puede crear obligaciones de otro tipo, en la medida en que no estén dirigidas a la ejecución, en la devolución del artículo entregado, arriba, por daños y perjuicios. La propiedad de la cosa como *res extra commercium* la excluye la posibilidad de cumplimiento con necesidad, pero no la de cualquier otra obligación derivada de este contrato. Las partes han consentido, todas las demás condiciones del contrato están presentes con excepción de la capacidad del

objeto, entonces por que el mismo no podría crear una obligación entre ellos, en la medida en que este último no tiene el cumplimiento del objeto mismo como su propósito? (pp. 27-28)

Efecto Primario y Efecto Secundario De los Contratos

"Esto explica cómo en los casos en que la mayoría de los juristas romanos hablan de la nulidad del contrato, otros podrían hablar de la existencia de un contrato… Los primeros tienen en mente el efecto principal, los segundos el accesorio." (nota 27, p. 28)

Referencia (Nota 28, página 28	Cita del Digesto
1.6 § 1 de contra. em. (18.1)	Pomponius, En Sabinus, Libro IX (1) En el caso de que un terreno haya sido vendido en tres pagos anuales, con la condición de que "si el dinero no se paga en los plazos indicados, la venta del terreno será nula, **y si el comprador, en el intermedio, cultiva dicho terreno y cosecha los cultivos del mismo, éstos deben ser devueltos si la venta se anula, y el comprador debe compensar al vendedor la cantidad faltante del precio, si no logra vender la propiedad posteriormente a otra persona**"; si el dinero no se paga en los plazos establecidos, se establece que el vendedor tendrá derecho a una **acción de venta** sobre esta base. No debemos considerarlo confuso que, en el caso de una anulación de compra, se pueda llevar a cabo una acción de venta, ya que tanto en la compra como en la venta, se debe prestar consideración a la intención de las partes más que al lenguaje utilizado; y, según lo dicho con respecto a la intención, es evidente que la única intención era que el vendedor no estuviera obligado al comprador si el dinero no se pagaba en el plazo establecido, y **no que las obligaciones mutuas tanto del comprador como del vendedor se liberaran**.
	[Comentario de Ihering] Una vez obtenido el permiso del *acto venditi* de un contrato de compra celebrado bajo una condición resuelta después de que se haya cumplido la condición. Como es bien sabido, aquí la situación jurídica es como si el contrato nunca se hubiera celebrado; el caso es completamente idéntico del contrato, que fue nulo desde el principio. Si bien se excluye el efecto principal del contrato, no son los efectos colaterales, puede haber producido consecuencias que sólo pueden ser

	eliminadas de manera adecuada en la forma obligatoria, y la nueva ley por lo tanto, con razón, aquí la acción del contrato. (p. 28)
1.16 de in diem (18.2)	El Emperador Severo afirmó en un Rescripto: "Así como cuando se vende una casa bajo una condición de esta manera, **los beneficios deben ser devueltos al vendedor en caso de una mejor oferta**; de la misma manera, él tendrá derecho a retener los ingresos de la propiedad si demuestra que no son suficientes para cubrir los gastos necesarios que el primer comprador demuestra haber incurrido en el intermedio." Creo que el Emperador tenía en mente la acción de venta.
1.4 pr. de leg.com. (18. 3)	Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXII. En el caso de que se haya vendido un terreno condicionalmente, es decir, que la venta será nula si el precio no se paga dentro de un cierto plazo; consideremos de qué manera el vendedor puede proceder con respecto al terreno, así como a los beneficios que ha obtenido de él, y también en caso de que el terreno se haya deteriorado debido a la acción del comprador. La compra, en efecto, ha terminado, pero ya se ha decidido que procede una **acción de venta**, como se indica en los Rescriptos del Emperador Antonino y del Divino Severo.
1.6 de est vend. (18.5)	Paulus, Sobre el Edicto, Libro II. Si se acordó entre las partes que la propiedad que se vendió sea devuelta dentro de un cierto plazo si no era adecuada, Sabinus cree que procede una **acción de compra**, o que se debe otorgar una acción **in factum** que se asemeje a una acción de compra.
1.33 Loc. (19. 2) si fundus publicatus tenearis ex emto, ut pretium restituas	Africanus, Preguntas, Libro VIII. Si un terreno que me has arrendado es confiscado, serás responsable de una **acción de arrendamiento** para permitirme disfrutarlo, aunque no sea tu culpa que no pueda hacerlo; de la misma manera que se sostiene que si contratas la construcción de una casa y el terreno sobre el cual se erigirá es destruido, igualmente serás responsable. Porque si me vendieras un terreno y éste fuera confiscado antes de la entrega, serás responsable de una **acción de compra**; y esto es válido en la medida en que debes devolver el precio, sin que estés obligado a indemnizarme por algo más que mi interés en recibir el terreno vacante. Por lo tanto, pienso que la regla también se aplica a un arrendamiento, **de modo que debes devolver el alquiler que he pagado por el tiempo en que no pude disfrutar de la propiedad**, pero no puedes ser compelido a hacerlo mediante ninguna otra acción de arrendamiento. Si tu inquilino es impedido de disfrutar del terreno, ya sea por tu causa o por otra parte a la que tienes el poder de impedir que lo haga, debes indemnizarlo en la medida de su interés en disfrutar de la propiedad, y en esto se incluye también su beneficio. Sin embargo, si es impedido por alguien a quien no puedes controlar, debido a su fuerza o autoridad superior, no serás responsable ante él más que para liberar el alquiler que no se ha pagado o para reembolsar el que se ha pagado.

1. 11 § 6 de act. emt (19. 1)	(6) En el caso de que una persona compre vino y pague una cierta suma como señal, y posteriormente se acuerde que la compra será anulada, Julianus dice que se puede interponer una **acción de compra** para recuperar la señal, y que también procederá una **acción equitativa de compra con el fin de anular la venta**. Propongo la siguiente pregunta: Supongamos que se entrega un anillo como señal, y que se concluye la venta, se paga el precio y se entrega la propiedad, pero el anillo no es devuelto; ¿qué procedimiento se debe iniciar? ¿Debería ser una demanda personal de recuperación, donde se ha dado algo para un propósito específico y el propósito se ha cumplido, o se debería interponer una acción de venta? Julianus dice que procederá una acción de venta. Es cierto que se puede interponer una acción personal de recuperación, ya que el anillo ahora está en manos del vendedor sin ninguna razón.
	Comentario de Ihering: "Aquí, tambien, la acción del contrato se dirige a algo más que al cumplimiento." p. 28

Nota 29 página 29

Referencia	Cita del Digesto
1. 14 § 1 Com. div. (10. 3)	(1) Sin embargo, cualquier gasto que haya incurrido mientras creía que la tierra era mía y que, si se presenta una demanda para la recuperación de una parte de la tierra, puedo retener, por supuesto, alegando la **excepción basada en el fraude**; **se debe considerar si puedo retenerlos debido a la justicia de la acción misma, si se presenta una demanda de partición contra mí. Creo que la opinión más acertada es que puedo hacerlo, porque la acción de partición de bienes comunes es de buena fe, pero esto sólo ocurre cuando se presenta una demanda contra mí**; sin embargo, si yo vendo mi parte, no quedará nada de lo que pueda retener los gastos. Consideremos si un comprador de mi parte puede retenerlos, ya que si se presenta una demanda para recuperar una parte de él, ¿puede retener el monto en base al gasto que yo haya incurrido, al igual que yo mismo podría hacerlo? La mejor opinión es que, en este caso, se pueden retener los gastos, y dado que éste es el caso, se sostiene con toda justicia que se me debe conceder una acción equitativa contra mi copropietario por dichos gastos, aunque la copropiedad aún continúe existiendo. Sin embargo, la regla es diferente cuando gasto dinero en mi propia propiedad, por así decirlo, que realmente pertenece a otro o se mantiene en común; en este caso, sólo tengo el derecho de retención porque no deseo vincular a nadie conmigo; cuando creo que una propiedad pertenece a Ticio, pero en realidad pertenece a Mavio, o que es de mi propiedad en común con otra persona que en realidad no es mi copropietario, hago esto para vincular a otra persona conmigo; y así como se me concede una acción por motivos de negocios realizados contra alguien cuyos asuntos he atendido pensando que eran los de otra persona, también en el caso en

	cuestión. Por lo tanto, si vendiera la tierra a otra persona, por la razón de que el caso era tal que tendría derecho a una acción, se me debería otorgar una acción por motivos de negocios realizados (como también dice Julián).

Ihering dice: "Casos relacionados nos representan la acción en su dirección hacia fines secundarios en circunstancias en que la relación no existe correctamente ni siquiera de acuerdo con su fin principal." (Nota 29, p. 29).

Nota 30, página 29

Referencia	Cita del Digesto
1. 45 de her. pet. (5. 3)	Celsus, Digest, Libro IV. Si alguien se ofrece voluntariamente en la defensa de un caso sin tener la propiedad en su posesión, se dictará sentencia en su contra, a menos que pueda demostrar con la evidencia más clara que el demandante, desde el inicio del proceso, sabía que no estaba en posesión de la propiedad; porque, en estas circunstancias, no fue engañado, y aquel que se ofreció voluntariamente en la defensa de la acción de recuperación será responsable por fraude; y, por supuesto, **los daños deben ser estimados de acuerdo con el interés que tenía el demandante en no ser engañado**.
1. 39 de dolo (4. 3).	Si te ofreces a ti mismo a Titius con respecto a algo de lo cual no estás en posesión, con el fin de que otro obtenga el uso del mismo; y otorgas garantía de que el fallo se cumplirá, aunque puedas ser liberado, seguirás siendo responsable **por fraude**; y ésta fue la opinión de Sabinus.
1.25-27 pr. de reiv. 6. 1)	25. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro LXX. Cuando una persona asume la defensa de un caso sin ninguna razón válida, ya que no está en posesión **y no ha actuado fraudulentamente para evitar estar en posesión**, Marcellus dice que no puede hacer que se deseche el caso si el demandante no es informado de los hechos, y esta opinión es la correcta; sin embargo, esto se presume cuando se haya entablado controversia. Pero cuando una parte, antes de que se entable controversia, afirma que no está en posesión cuando en realidad no lo está, y no engaña al demandante y se retira, no puede considerarse que haya asumido la defensa del caso. 26. Paulus, Sobre Plautius, Libro II. Porque si el demandante está consciente de los hechos, entonces no es engañado por otro, sino por sí mismo; y, por lo tanto, el demandado será liberado. 27. El Mismo, Sobre el Edicto, Libro XXI.

	Pero si, cuando deseo demandar a Titius, alguien afirma que está en posesión, y luego se ofrece voluntariamente para defender el caso, y yo lo pruebo mediante testimonio durante el juicio, sin lugar a dudas se debe dictar sentencia en contra de la otra parte.
1. 95 §9 de solut.(46. 3).	(9) **Has incurrido en fraude** para evitar estar en posesión de lo que has tomado de una herencia perteneciente a otra persona. Si el poseedor entrega la propiedad en sí misma, o paga su valor tasado en el tribunal, la transacción será en tu beneficio, porque el demandante ya no tendrá un interés adicional en el asunto. Sin embargo, si tú, habiendo sido demandado previamente, **realizas un pago debido al fraude que has cometido**, esto no beneficiará de ninguna manera al poseedor de la propiedad.

Nota 32, página 30

"Propiedad, título de usucapión putativa, jura in re aliena, matrimonio putativo, *liber bona fide serviens,* capacidad putativa del único testigo, (1.1. Cod. de test. 6.23), de funcionarios (3 de off. Praet. 1.14)" p. 30.

Referencia	Cita del Digesto
1.1. Cod. de test. 6.23	El Emperador Adriano a Catonius. No es necesario discutir en este caso si los testigos son esclavos u hombres libres, ya que en el momento en que se selló el testamento, los testigos estaban presentes con el consentimiento de todos los hijos, y hasta ahora nadie ha planteado ninguna controversia con respecto a su condición. Sin fecha ni designación del cónsul. (p. 30)
3 de off. Praet. 1.14	3. Ulpianus, Sobre Sabinus, Libro XXXVIII. Barbarus Philippus, un esclavo fugitivo, buscó el puesto de pretor en Roma y fue nombrado Pretor. Pomponius opina que su condición de esclavo no era un obstáculo para ejercer el cargo de Pretor. Es cierto que desempeñó las funciones de ese cargo, pero consideremos el caso de un esclavo que mantuvo en secreto su condición durante mucho tiempo mientras cumplía con su deber como Pretor. ¿Serán nulos todos sus dictámenes y decretos? ¿Qué diremos al respecto? ¿O serán válidos en aras del bienestar de aquellos que iniciaron procesos ante él, ya sea en virtud de la ley o de algún otro derecho legal? De hecho, pienso que ninguna de estas cosas debería ser rechazada, ya que ésta es la visión más humana de tomar, dado que el pueblo romano tenía el poder de investir a un esclavo con esta autoridad y, si hubieran sabido que era esclavo, le habrían otorgado su libertad. Mucho más sólido debe considerarse este derecho con respecto al Emperador. (p. 30)

La consideración anterior nos ha mostrado que el *acto emti* en su función de reclamación de daños y perjuicios en caso de nulidad del contrato no es un fenómeno aislado ni inexplicable, sino que, despojado de su extraña forma no contiene más que la simple frase: la celebración de un contrato no se limita a crear una obligación de cumplir, pero si este efecto por cualquier impedimento legal se excluye, bajo ciertas circunstancias, la obligación de pagar daños y perjuicios; la expresión "nulidad" del contrato, según la terminología romana y moderna, designa sólo la ausencia de ese efecto, no la ausencia de todos los efectos en absoluto" (pp. 29-30)

"Principalmente, hay dos preguntas que necesitan respuesta: la pregunta sobre su fundamento y la pregunta sobre su alcance. ¿En qué se basa? ¿Se basa únicamente en una disposición legal arbitraria o se deriva de la naturaleza y la necesidad interna de la relación contractual? Y además, ¿está limitada a los casos específicos mencionados o se extiende a otros casos similares, como la nulidad del contrato debido a la incapacidad de la persona o el error, entre otros?

Entonces, ¿cuál es el fundamento o motivo legislativo de nuestra demanda? Se podría pensar en vincularla con la protección que el derecho otorga al poseedor de buena fe. Al igual que este último es un supuesto propietario, el comprador en nuestra relación es un supuesto contratante. Ambos se enfrentan a un obstáculo en la persona de su autor que impide la formación del derecho, pero ninguno de ellos es consciente de este obstáculo y, por lo tanto, creen en la existencia de este derecho. De la misma manera que el derecho, en muchas situaciones, ha vinculado los efectos o al menos ciertos efectos de la existencia objetiva de la relación a esta supuesta existencia, se podría ver nuestra demanda como una manifestación de esta idea general de protección de relaciones supuestas. El hecho de que el ámbito del derecho de obligaciones no sea ajeno a esta idea se evidencia, por ejemplo, en la actio protutelae o la demanda contra el tutor supuesto, así como en el pago supuesto, es decir, el poder liberatorio que, bajo ciertas condiciones, se otorga al supuesto en lugar del real. (p. 30)

La Buena Fe no es fundamento de la Actio Emti

Porque la *actio emti* de nuestro comprador putativo no es la del modelo real… En cambio, es una demanda de indemnización completamente diferente, y además, el legislador no podría haber basado la obligación de indemnización del vendedor únicamente en la buena fe del comprador, **ya que el vendedor también puede actuar de buena fe**. La medida sólo puede justificarse si hay un elemento en la persona del vendedor que la motive. El poseedor de buena fe nunca está protegido a expensas de terceros, y en la *bonae fidei possessio*, tanto el demandante como el demandado actúan de buena fe. (p. 31)

Nota 33, página 31.

Referencia	Cita del Digesto
I. 51 de solut. (46. 3)	El pago puede hacerse correctamente a un administrador si ha sido despedido sin el conocimiento del deudor; ya que se le paga con el consentimiento de su dueño, y si quien lo paga no tiene conocimiento de que su dueño lo haya retirado, quedará liberado.

La buena fe del comprador putativo (compraventa putativa)

> Porque la *actio emti* de nuestro **comprador putativo** no es la del modelo real, lo sería si las ideas impugnadas en las páginas 17 y 18 de los escritores allí mencionados fueran correctas, pero es una acción por daños completamente diferente, y **luego la legislatura no podría en modo alguno valerse de la mera buena fe del comprador, como base para cargar al vendedor**, **que no puede ser menos de buena fe, con la obligación de pagar daños y perjuicios**. La medida **só1o puede justificarse si al mismo tiempo la motiva un factor en la persona del vendedor**. El poseedor de buena fe nunca está protegido a costa de terceros, y en el caso de la posesión de buena fe el demandado prevalece en ambos lados. (p. 31)
>
> El motivo legislativo de nuestra demanda no puede, por tanto, ser equiparado con el del comprador real, como debería ser según la idea en que se busca la buena fe del comprador. Mas bien, debemos tener en cuenta que se trata de una acción por daños y perjuicios y en consecuencia probar si este punto de vista puede abrimos una comprensión de la misma.

El requisito previo regular para la obligación de pagar daños por parte del demandado es el endeudamiento. (p. 31)

Referencia	Cita del Digesto
1. 1 § 2 de aed. (21.1) etiamsi ignoravit... tamen teneri debere; Nee est hoc iniquum, potuit enim **ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia** venditoris an calliditate.	La razón de la promulgación de este Edicto fue prevenir los fraudes de los vendedores y brindar alivio a los compradores **que han sido engañados por los vendedores**. Sin embargo, debemos entender que **el vendedor**, incluso si desconocía las cosas que los Ediles ordenaron observar, **seguirá siendo responsable**; **y esto no es injusto, ya que un vendedor puede obtener fácilmente conocimiento de estos asuntos, y no hace ninguna diferencia para el comprador por qué es engañado, ya sea por la ignorancia o la astucia del vendedor. (p. 32)**
13§3 de act. emti (19.1) et putem teneri. Atquin lo ignora. Sed non debut facile, quae ignorabat, asseverare. Inter hunc igitur et qui scit interest: qui scit, praemonere debut furem esse; hie non debut esse facihs ad temerariam indicacionem.	¿Cuál sería el caso, sin embargo, si el vendedor no estaba consciente de que el esclavo era un ladrón y había asegurado que era frugal y fiel, y lo vendió a un precio alto? Veamos si sería responsable de una acción de compra. Creo que sería responsable, pero supongamos que desconocía el carácter del esclavo. No debería afirmar tan rotundamente algo que no sabía. Existe entonces una diferencia entre este caso y aquel en el que el vendedor conocía el carácter del esclavo, ya que quien sabe debería advertir al comprador que es un ladrón, pero en el otro caso, no debería estar tan dispuesto a **hacer una afirmación imprudente**. (p. 32).

“La ignorancia del vendedor puede al menos excusarse plenamente (piense, por ejemplo, en el caso en que el vendedor era ciego); sin embargo, hay una culpa en vender; quien no esté completamente seguro de su causa, no debe vender” (p. 32)

“Pero en esos pasajes no se usa en absoluto la culpa. ¡Ciertamente! Pero si el jurista reprocha al vendedor su ignorancia, si le reprocha que pudo y debió conocer los defectos y así motiva su responsabilidad, ¿que es esto sino reproche de culpa?

Se me objetará además: tal culpa, que se determina abstractamente sin tener en cuenta las circunstancias individuales, no es más que una culpa ficticia, una *praesumtio juris et de jure* de la misma.

Ahora reconozco felizmente que la existencia de la culpa fue regularmente determinada individualmente por los romanos, por lo que una acción no se considera una culpa en sí misma, o incluso presumiblemente como tal (por ejemplo, que alguien haya deja do la cosa robada) que el contraataque. Se admite prueba de inocencia. Por otra parte, no faltaron en modo alguno ejemplos de que los juristas romanos, a la manera de nuestro caso, adscribían la responsabilidad derivada absolutamente de la naturaleza de la relación, y por tanto completamente independiente de la conducta individual del culpable, a la culpa del mismo. (p. 33).

La Equidad como Base de Liability:

El hecho de que el cliente, independientemente de una culpa por su parte, deba indemnizar al mandatario por el daño que sufrió como consecuencia del negocio que le fue encomendado (no sólo con ocasión de realizarlo) **es una exigencia de equidad** que el derecho romano preve tanto en decisiones concretas como en forma abstracta. (p. 33).

Página 33, nota 35

Referencia	Cita del Digesto
1. 61 § 5 de furt. (47. 2) nemini officium suum damnosum esse debet.	Nadie debe ejercer su cargo de manera prejudicial. (p. 33)
1. 15 pr. de in rem vers. (15. 3)	Cuando un hijo bajo el control paternal ha acordado pagar lo que su padre adeudaba, se debe considerar si se debe otorgar la acción por el empleo de la propiedad en los asuntos de otro. Sin embargo, no libera a su padre, ya que aquél que realiza tal acuerdo se obliga a sí mismo, pero no exime a su padre de responsabilidad. Es evidente que, si paga después de hacer el acuerdo, aunque se pueda considerar que lo ha hecho en su propio nombre, es decir, debido a haber realizado el acuerdo, sin embargo, se dirá correctamente que ha empleado la propiedad en los asuntos de su padre. (p. 33)

29 § 2 Mand. (17. 1).	Si el fiador, sin saber que el deudor ha pagado, realiza el pago por sí mismo, creo que tendrá derecho a una acción de mandato; ya que debería ser excusado si no había adivinado que el deudor ha pagado, ya que este último debería notificar a su fiador tan pronto como haya pagado, **para evitar que el acreedor se aproveche de él** y, aprovechándose de su ignorancia, obtenga de él la cantidad por la cual se convirtió en fiador. (p. 33)
1.61par soc. (17.2)	Según Juliano, sin embargo, él puede recuperar lo que pagó por sí mismo por servicios médicos en un caso de este tipo; y esto es cierto. (p. 33)
1.2 §7 de ago. vender (18. 4).	La pregunta se plantea con frecuencia de si el vendedor del derecho a una propiedad debe compensar al comprador si ha obtenido algún beneficio debido al mismo. Este punto es discutido por Juliano en el Sexto Libro del Digesto. Él afirma que el heredero puede retener cualquier cantidad que haya cobrado y que no estuviera debida, y no será considerado responsable cuando haya pagado algo que no estaba debido; pues debe observarse la regla de que el heredero no está obligado a compensar al comprador una deuda que haya cobrado y que no estuviera debida, y tampoco puede cobrarle algo que haya pagado cuando no era debido. Sin embargo, si el heredero realiza un pago después de que se haya dictado una sentencia en su contra, será suficiente **que haya sufrido una decisión adversa sin ningún fraude por su parte**, aunque el acreedor no sea la parte a cuyo favor se haya dictado la decisión. Estoy de acuerdo con esta opinión. (p. 33)

Cualquiera que acepta a una tercera persona en la comunidad sin el conocimiento de sus socios es absolutamente responsable ante ellos por sus acciones, lleva el perículo de su elección. Por lo tanto, no se requiere una *culpa in eligendo* de su parte para este propósito; sin embargo Ulpiano justifica en el 1. 23 pr. por soc. esta responsabilidad desde el punto de vista de la culpa. (p. 34)

Nota 37, p. 34.

Referencia	Cita del Digesto
1. 19-23 *por* soc. (17.2). Quin difficile est negare culpa ipsius admissum. (En efecto, es difícil negar la culpa cuando uno mismo ha cometido un error.)	19. Upiano, Sobre Sabinus, Libro XXX. Cuando alguien es admitido en una sociedad, solo aquel que lo admitió es su socio. Esto es perfectamente correcto, ya que una sociedad se forma por consentimiento, y no puede ser mi socio aquél a quien no deseo que lo sea. Sin embargo, ¿qué sucedería si mi socio lo admitiera? En ese caso, sería su único socio. 20. El Mismo, Sobre el Edicto, Libro XXXI. Porque el socio de mi socio no es mi socio. 21. El Mismo, Sobre Sabinus, Libro XX.

	Y todo lo que ese socio obtenga de nuestra sociedad lo compartirá con aquel que lo admitió; ya que no compartiremos nuestra parte en común con él, y aquél que lo admitió será responsable de él ante la sociedad. Es decir, el socio mencionado tendrá un derecho de acción en su contra y pagará a la sociedad todo lo que recupere. 22. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro X. Por otro lado, aquél que lo admitió será responsable ante él por los actos de los demás socios, así como por los suyos propios, porque él mismo tiene un derecho de acción contra ellos. También es cierto que no hay nada que impida que se inicien procedimientos de acción en sociedad entre el socio que lo admitió y aquél que fue admitido, antes de que se haga esto entre los demás socios y aquél que lo admitió. 23. Ulpian, Sobre Sabinus, Libro XXX. Pomponio tiene dudas sobre si será suficiente que el mencionado socio ceda a sus compañeros el derecho de acción que tiene contra el recién llegado, en caso de pérdida, si este último resulta no ser solvente, o si debe indemnizarlos por completo. Creo que aquél que admitió al nuevo socio será responsable de indemnizarlos en su totalidad, porque sería difícil negar que él tuvo la culpa de hacerlo.

De esto se sigue al mismo tiempo que la diferencia entre la excusabilidad y la inexcusabilidad del error no so aplica aquí, todo error de este tipo es inexcusable; el que promete algo no debe equivocarse, se equivoca a costa suya, no a costa de la otra parte. (p. 35).

P. 35, nota 39.

Referencia	Cita del Digesto
1. 19 1 loc. (19.2). nee ignorantia ejus erit excusata (Y su ignorancia no será excusada.)	Si alguien alquila barriles defectuosos sin saber que lo son, y luego el vino se escapa, será responsable por la cantidad correspondiente al interés de la otra parte, **y su ignorancia no será excusable**. Esta opinión fue sostenida por Casio. El caso es diferente si alquilaste un terreno para pastoreo en el que crecían hierbas venenosas; en este caso, si alguno de los animales muere o se deprecia su valor**, y tú sabías de la existencia de las hierbas, debes indemnizar al arrendatario por la cantidad correspondiente a su interés; y si desconocías su existencia, no puedes cobrar el alquiler**. Esta opinión también fue sostenida por Servio, Labeón y Sabinus.

Si despojamos a la culpa de su forma concreta, accidental en ambos casos, consiste en que el vendedor contrata sin poder prescribir en su persona los requisitos de validez del contrato y mediante la falsa apariencia del contrato la otra parte lleva por mal camino. **Quien así contrata, pasa de la esfera puramente negativa de los deberes de las relaciones extracontractuales a la esfera positiva de la esfera del contrato, de la esfera de la mera *culpa in faciendo* a la de la *culpa in non faciendo*, la diligencia positiva, y la primera y más general obligación que por ella asume es la de emplear la diligencia necesaria al contratar.** No só1o las relaciones contractuales existentes, sino las que ya se están desarrollando deben estar bajo la protección de las reglas sobre la culpa, si la relación contractual no se expone de la manera más sensible, cada contraparte debe estar expuesta al riesgo, la víctima se convierte en la negligencia de otra persona. Para salvaguardarlo de ella, no se debe esperar que se le garantice expresamente la ausencia de culpa o más específicamente, la existencia de los requisitos del contrato. La ley puede y debe liberarlo de esta carga, transfiriendo la asunción tácita de esta garantía al propio acto de contratar. En las relaciones extracontractuales, nadie puede exigir del otro garantía de la fiabilidad y veracidad de sus declaraciones y comunicaciones; **la ley sólo le protege contra el dolo, no contra la culpa**, y es responsabilidad propia si sufre daños debido a una confianza ciega en las afirmaciones de terceros, ya que debería haber conocido el carácter no vinculante de las mismas. (p. 37).

Etapas de la Formación del Contrato y No Responsabilidad Antes de la Aceptación:

El primer paso hacia el contrato es la oferta. ¿**Empieza por ella la obligación de diligencia in contrahendo? Ciertamente: solo, mientras la oferta no haya sido aceptada, no puede causar ningun daño; si se revoca antes de la aceptación, la reclamación por daños *y* perjuicios no está justificada, incluso si la otra parte ha sufrido daños como resultado**. Este último es responsible de este daño. Cualquiera que sea lo suficientemente negligente como para actuar con motivo de una oferta en lugar de aceptarla de antemano, para tomar medidas para la

ejecución del contrato, luego para contratar con terceros, etc., está en culpa él mismo, porque tuvo la posibilidad de revocando la oferta hasta el momento de su aceptación. Sólo en ese momento tiene derecho a continuar trabajando sobre la base del contrato, ya sea que se haya realizado realmente o sólo en apariencia, y si las medidas que tomó para este fin se llevaron a cabo a tiempo, pero no a tiempo para el conocido retiro de la oferta son frustrados, puede transferir las consecuencias desventajosas al oponente que le pidió a estas acciones. (p. 38).

En el apartado siguiente verá el lector que reduzco los requisitos del contrato, cuya falta teorizo la culpa in contrahendo, a tres puntos: capacidad del sujeto, objeto y fiabilidad de la voluntad. (p. 39).

1). **Habilidad del sujeto**: (p. 40)

Cita del Código General de Estados Prusianos (A.L.R.)[1585]	Cita del ALR	Comentario de Ihering (1861)
A.L.R. I§33	Sin embargo, cualquiera que, después de las debidas averiguaciones, **haya sido inducido a error** por una persona incompetente para celebrar un contrato, puede exigir la indemnización de la propiedad del mismo. (p. 40)	
A.L.R. I §36	El que, consciente de su incompetencia, **haya inducido** a otro a celebrar un contrato, será castigado como estafador.	El ultimo § habla de dolus, por lo que podría parecer como si el primero sólo tuviera en mente este caso (es decir, el *acto doli*). (p. 40)
A.L.R.II 2 §135.	Sin embargo, el obligante que haya sido efectivamente **engañado** por tal deudor, sin culpa suya, podrá reclamar la indemnizacion de los mismos bienes con arreglo a las disposiciones legales generales.	La expresión "traicionado" muestra, sin embargo, que aquí se trata de dolus. (p. 41).

[1585] Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).

Citas del Código Civil de Austria (ABGB)[1586]	Cita del ABGB
A.B.G.B. §866	Cualquiera que **astutamente** pretenda que es capaz de celebrar contratos y **con ello engañe a otro** que no puede obtener fácilmente información al respecto, está obligado a hacer satisfacción. (p. 40).
A.B.G.B. § 248	Un menor que, después de haber cumplido los veinte años, finge ser un adulto en una transacción es responsable de todos los daños si la otra parte no pudo indagar sobre la verdad de la simulación antes de concluir la transacción. (p. 40).

2. Habilidad del objeto (p. 41)

Cita del Código General de Estados Prusianos (A.L.R.)[1587]	Cita del ALR
A.L.R. I 5§53	Si la imposibilidad condicional sólo fue conocida por la persona que se comprometió en la acción o ejecución imposible, debe indemnizar íntegramente a la otra parte.
A.L.R. I 5§ 67	"El mismo principio establecido en esta sección para las acciones imposibles también se aplica a las cosas excluidas del comercio según el artículo 67." (p. 41)

Citas del Código Civil de Austria (ABGB)[1588]	Referencia del ABGB
ABGB §878.	Lo que no puede ser cumplido, lo que es absolutamente imposible o ilícito, no puede ser objeto de un contrato válido. **Quien engaña a otro** mediante tales promesas, quien le perjudica debido a una ignorancia culpable o se beneficia de su daño, es responsable por ello. (p. 42)

3.- La confiabilidad de la comunicación de la voluntad (p. 43)

[1586] Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).
[1587] Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).
[1588] Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

Cita del Código General de Estados Prusianos (A.L.R.)[1589]	Cita del ALR
A.L.R. I 4§79	Si el declarante ha caído en error debido a su propia negligencia grave o **dolosa**, y la otra parte no sabía que el que contrata estaba equivocado, entonces el que contrata está obligado a compensar los daños causados por su propia culpa. (p. 43)
A.P.L.R. I 11 § 988	Las recompensas ("primas") en la medida en que se refieran a trabajos intelectuales útiles o habilidades corporales de utilidad pública, son objeto de demanda, y el oferente no puede retirar la recompensa antes de que expire el plazo determinado. (p. 43)

Referencia del Código Civil de Austria (ABGB)[1590]	Citas del ABGB
ABGB§ 869	Quien utiliza expresiones ambiguas o realiza una acción aparente **para perjudicar a otra persona**, debe indemnizar. (p. 43)

Citas de página 41

Cita del Código General de Estados Prusianos (A.L.R.)[1591]	Cita del ALR
A. L. R. I 5§284	Lo que es legal por el grado de culpa por el cual se ha de cumplir el contrato, se aplica también en el caso de que uno de los contratantes haya descuidado las obligaciones que le incumbían al celebrar el contrato. (p. 41)

[1589] Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).
[1590] Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).
[1591] Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).

Difícilmente podría pensarse en un reconocimiento más claro de mi *culpa in contrahendo* que el expresado aquí. Por lo que puedo juzgar, la jurisprudencia prusiana casi ha pasado por alto este importantísimo párrafo, que abarca toda nuestra

doctrina *y* que de haber estado en las fuentes juridicas romanas, me habría ahorrado todas mis deducciones. (p. 44)

El mandamiento de la diligencia contractual se aplica tanto a las relaciones existentes como a las futuras, una violación de las mismas, justifica aquí, como allí, la acción contractual de daños y perjuicios. (p. 45).

La forma procesal de hacer valer una pretensión par culpa in contrahendo es la acción contractual. (p. 47).

1. Cuando la acción contractual no es posible en absoluto o no es posible debido a culpa, tampoco lo es en esta aplicación. Por ejemplo, en negocios que no son contratos, como la tradición como tal, el establecimiento de servidumbres, donaciones y legados, aunque generen una acción personal. También ocurre en contratos que, según el derecho romano, excluyen la posibilidad de culpa, como el préstamo, o que sólo obligan a una de las partes, como la estipulación. Sin embargo, en un contrato unilateral, es concebible que el acreedor tenga un reclamo por culpa en la contratación por parte de la otra parte... Parece seguirse de esto que las personas que no pueden ser demandadas por el cumplimiento de sus contratos, es decir, los menores de edad, tampoco pueden ser demandadas por indemnización, ya que la acción contractual no tiene lugar legalmente contra ellos…
2. El reclamo se transfiere a los herederos junto con la acción contractual en ambos lados.
3. La prescripción del reclamo se rige por la acción contractual. (pp. 47-48)

III.- <u>Casuística de la culpa in contrahendo</u>.

1.- Incompetencia del Sujeto

Página	Casos
49	El derecho, como se sabe, consideró innecesario proteger a ciertas personas contra sí mismas y contra otros, privándolas del poder de enajenar y obligarse, ya sea absolutamente o para ciertos negocios. Esto se aplica a las personas bajo tutela, a las mujeres (intercesiones) y a los hijos de familia (préstamos de dinero). Sin embargo, para

	evitar que la consideración hacia ellos se convierta en una falta de consideración hacia todas las demás personas y para no poner en peligro la seguridad de las transacciones comerciales, el derecho debe garantizar que el principio de la invalidez de los contratos celebrados por ellos no perjudique a terceras personas completamente inocentes, en otras palabras, el derecho debe proteger a estas últimas de ser perjudicadas por la posibilidad de ser desfavorecidas por ellos mediante su privilegio. (p. 49) En lo que respecta a las mujeres y los hijos de familia, el derecho ha respondido a esta exigencia al vincular la invocación del SC. Vellejanum y Macedonianum a la condición de que el oponente conociera o debiera haber conocido la calidad del otro como mujer intercedente o hijo de familia. En el caso de las otras personas mencionadas, la invalidez de los contratos celebrados por ellos no se basa en esta condición, sino que el contrato es absolutamente nulo, ya sea que el oponente conozca su incapacidad o no. ¿Cómo ha prevenido entonces el derecho el peligro mencionado? En primer lugar, aquí se presenta **la actio de dolo**. **No tengo dudas de que debe haber dolus en este caso, por ejemplo, cuando un derrochador declarado por un tribunal o un menor de 24 años, a quien cualquiera podría considerar mayor de edad por su posición o apariencia, celebra contratos fuera de donde su incapacidad no era conocida ni debía ser conocida, como hacer un pedido de vino**. Para este propósito, no exigiría una representación positiva de capacidad, al igual que lo hace el derecho prusiano; **el dolo yace en el ocultamiento.** (p. 49).
49-50	Sin embargo, las circunstancias también pueden ser tales que no justifiquen la aceptación de dolus. Tomemos, por ejemplo, el caso en el que el tutor del menor ha estado acostumbrado a aprobar ciertos contratos (por ejemplo, encargos de subastas de libros) y el menor confía en esta aprobación incluso en un caso en el que inesperadamente se le niega. En este caso, la actio de doli no lleva al objetivo, por lo que solo se podría ayudar mediante nuestra acción de indemnización. **Sin embargo, debo admitir que no estoy completamente seguro de si esta última sería efectiva.** Las razones para justificar la denegación son las siguientes: Primero: conforme al artículo 19 del Digesto de Justiniano (50.17): "Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus: heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit." (El que contrata con otro debe conocer o estar en condiciones de conocer su situación; sin embargo, esto no puede ser imputado al heredero, ya que no contrata voluntariamente con los legatarios). **Hubiera correspondido a la otra parte informarse sobre las circunstancias de su contraparte**. Segundo: si la demanda contractual no procede en absoluto, ¿cómo puede hacerlo en esta dirección? Tercero: de lo contrario, se haría ilusoria la protección de las personas con tutela legal contra contrataciones imprudentes. Al primer argumento, aunque parezca sólido a primera vista, no le atribuiría mucha importancia. En primer lugar, otros han señalado que el pasaje, si bien el ejemplo del heredero parece justificar una conclusión, parece dirigirse al deudor y no al acreedor. Incluso si se considera que se aplica al acreedor debido a su formulación general, al menos el Digesto de Maceriano (14.6) demuestra que la afirmación que establece no es verdadera en esa generalidad. ¿Y a dónde nos llevaría esto? (pp. 49-50).
50	Un menor de casi 25 años se encuentra temporalmente en un país donde la mayoría de edad llega en un momento anterior, y cualquiera podría considerarlo mayor de edad, por ejemplo, alquila un apartamento en un balneario por unas semanas, come en un

	restaurante a crédito, etc. gasta su dinero, y luego el tutor se niega a pagar las deudas. No se puede suponer que el menor actuó con dolo, ya que originalmente tenía la intención de cumplir con sus obligaciones. Sin embargo, tampoco se puede culpar a las personas que contrataron con él argumentando que debían haber sabido de su condición. Por el contrario, pueden responder con las palabras de la ley citada: "En general, parecía que actuaba como un padre de familia (mayor de edad), así contrataba" ("publice paterfamilias (mayor) plerisque videbatur sic agebat, sic contrahebat"). Por lo tanto, incluso si se intenta fundamentar la demanda contractual contra esas personas debido a la culpa en la contratación, esto no sería posible basándonos en este argumento. (pp. 50-51)
51-52	El tercer argumento es el más contundente. Sin embargo, no carece de elementos que disminuyen considerablemente su peso. En realidad, el peligro no es tan grande como parece. En primer lugar, desaparece en el caso en que el oponente conociera o debiera haber conocido la incapacidad al momento de contratar, especialmente en contratos celebrados en presencia de terceros, **cuando la apariencia juvenil del contratante revela su minoría de edad**. También se aplica en casos **en los que no se puede atribuir a dicho contratante una culpa específica, y por esa razón excluiría absolutamente la demanda contra los incapaces**. Aunque estos últimos son considerados "capaces de cometer injusticias" en ciertas fuentes, apenas se necesita mencionar que esta capacidad no se aplica por igual a todos los tipos de delitos, **sino que varía según el grado de entendimiento que se pueda atribuir a esa edad**. Así como se presume antes la capacidad de responsabilidad en casos de robo en comparación con la falsificación, **también se presume antes la capacidad de dañar la propiedad ajena en comparación con nuestra *culpa en contrahendo.* Los detalles individuales deben ser considerados para determinar la existencia de esta última**. Por ejemplo, consideraría capaz a un joven que ha aprendido por experiencia que sus contratos no son vinculantes y a quien el tutor ha prohibido cualquier otro tipo de contratación, si por segunda vez induce a un extranjero, que se encuentra en una excusable ignorancia de su incapacidad, a contratar, por ejemplo, ofreciéndole libros a la venta a un anticuario extranjero por carta. **Si no se considerara esto como un engaño (dolus), aún sería difícil evitar una responsabilidad por *culpa in contrahendo*. (pp. 51-52)**
52	Se debe destacar que el monto de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* generalmente es menor que el derivado del propio contrato. Si un menor de edad que ha pedido vino debe reembolsar al vendedor los costos incurridos por el envío y la devolución, su situación sigue siendo mucho mejor que si tuviera que quedarse con el vino. Por lo tanto, me parece que los motivos para la admisibilidad de nuestra demanda contra personas incapacitadas son predominantemente válidos. Sin embargo, admito de buena gana, como mencioné anteriormente, **que el asunto no está exento de dudas**. **Además, no creo que tenga tanta importancia, ya que en la mayoría de los casos el acto de engaño (act. doli) será suficiente**. (p. 52)
52	Nuestra pregunta también se puede plantear en el caso de contratos celebrados por una persona ebria. Ciertamente, si los concluye personalmente y su estado es tal que su capacidad mental está disminuida, la otra parte debería haberlo notado. No es así si envía a un mensajero, por ejemplo, a un camarero del restaurante, para pedir un carruaje para el día siguiente, que luego no tiene intención de tomar. En este caso, no se celebra un contrato, y tampoco hay engaño (dolus). Sin embargo, al igual que es responsable de los

	delitos cometidos en este estado de incapacidad porque conscientemente se puso en ese estado, el mismo punto de vista justifica su responsabilidad por culpa in contrahendo. En ese estado, no se deben celebrar contratos. (p. 52).
52-53	La incapacidad de actuar personalmente puede equipararse a la falta de capacidad de disposición, especialmente debido a la prohibición de enajenación. Para que exista una base para nuestra demanda de prohibición de enajenación, se requiere que esta se refiera a la transferencia del contrato, es decir, que no sólo la transferencia de propiedad prevista, sino también la obligación relacionada, sea declarada inválida. Esto ocurre, por ejemplo, en la **venta de objetos litigiosos**. Según una disposición positiva de Justiniano, el vendedor debe pagar una multa equivalente a 1/5 del precio de compra en este caso. Aquellos que consideren esto poco práctico en la actualidad deben remitirse a nuestra demanda basada en el acto de engaño (act. doli) **si el vendedor actuó de mala fe, o en buena fe** si, por ejemplo, los herederos vendieron sin conocimiento de la litigiosidad, en este caso, deberían ser remitidos a nuestra demanda. (pp. 52-53)

2.- Incompetencia del Objeto

Página	Casos
53	Tal es el caso de la venta de un hombre libre confundido con un esclavo. Según los principios generales, esta venta debería ser completamente equivalente a una *res extra commercium*, porque apunta, como ésta, a la calidad de un servicio absolutamente imposible.
53-54	En particular, se menciona con frecuencia un caso que, aunque ya no tiene ninguna relevancia práctica para nosotros, no debe ser pasado por alto de ninguna manera, y que no traté en la primera sección solo para no interrumpir la investigación basada en afirmaciones inequívocas de las fuentes con la introducción de un caso dudoso. Desde la base que hemos establecido ahora, la correcta comprensión de este caso no tendrá dificultades. Este es el caso de la venta de una persona libre que se hace pasar falsamente por esclavo. Según los principios generales, esta venta debería ser completamente equiparable a la de una cosa no comercializable, ya que tiene la misma naturaleza de una prestación absolutamente imposible. (p. 53) Si la venta del hombre libre fuera realmente válida, se podría demandar el cumplimiento o, lo que es lo mismo, el interés cumplido. ¿Es este el caso? Ninguno de los pasajes lo afirma, y la naturaleza del asunto se opone a ello. ¿Cómo se puede evaluar el valor de un hombre libre? ¿Debería valorarse como si fuera un esclavo? Sin embargo, en ese caso, con igual derecho se podría valorar una cosa no comercializable como si fuera una cosa comercializable. No hay duda de que aquí la valoración o el interés cumplido están excluidos. (p. 54) Si la compra de un hombre libre genera una demanda por interés cumplido, entonces lo mismo debería aplicarse a la estipulación. Sin embargo, la Ley 1, Sección 9 del Código de Obligaciones y Acciones (44.7) declara expresamente que esta última es "inútil" debido a que el objeto "es tal que no puede ser dado", un motivo que tiene la misma relevancia para la compra que para la estipulación, y se equipara totalmente al hombre libre con el locus sacer o religiosus.

	Si se permite exigir el interés cumplido, entonces, según nuestras anteriores exposiciones… el contrato de compra no debe considerarse inválido, sino válido, aunque Papiniano lo declare expresamente como ineficaz. (p. 54) Hasta ahora sabemos, en qué sentido debemos entender lo mismo. Ya sea que el supuesto esclavo, antes de ser entregado al comprador, haya sido reivindicado en libertad, o si esto ocurrió después, **en ambos casos el comprador reclamaba que su interés no había sido defraudado**. (p. 56)
56	La existencia de la cosa puede ser concebida como presente o futura. En el caso de la existencia futura, las condiciones para nuestra demanda solo se cumplen si la imposibilidad de la aparición de la cosa debía ser conocida de antemano por el vendedor, mientras que el comprador, a su vez, estaba en una ignorancia excusable al respecto. Un caso de este tipo es tratado en el 1. 21 pr. de act. emti (19. 1): "Si una esclava estéril, cuyo parto haya ocurrido o sea mayor de cincuenta años, y el comprador lo ignoraba, el vendedor está obligado en virtud del contrato." Es evidente que el contrato en sí mismo es inválido, por lo tanto, no se puede presentar una demanda basada en el interés de cumplimiento, solo puede referirse al interés negativo del contrato, es decir, la *actio empti debido a culpa in contrahendo*. (p. 56)

Citas del Digesto (p. 54)

Cita del Digesto	Referencia
1.1 § 9 de 0. Et A. (44.7)	(9) Si estipulamos que se nos entregue algo que es de tal naturaleza que no pueda ser hecho, es evidente que tal estipulación es nula por ley natural; por ejemplo, si se realiza un acuerdo para la entrega de un hombre libre, o para la entrega de un esclavo que está muerto, o para una casa que ha sido incendiada, y esto se hace entre partes que no sabían que el hombre en cuestión no era libre, o que el esclavo estaba muerto, o que la casa había sido destruida por el fuego. La regla es la misma si alguien estipula la transferencia de un lugar sagrado o religioso para sí mismo. (p. 54)
1. 70 de contr. em. (18. 1)	Muchas autoridades sostenían que la compra de un hombre libre podía realizarse, siempre y cuando la transacción se llevara a cabo entre partes que desconocieran los hechos. Se ha decidido que la misma regla se aplica incluso si el vendedor sabe que ese es el caso, y el comprador lo ignora; porque si el comprador, sabiendo que un hombre es libre, lo compra, la compra será nula. (p. 54)
1. 4 quib. ad libitum (40, 13)	Licinnius Rufinus, a Julius Paulus: Un esclavo que tenía derecho a la libertad bajo los términos de un fideicomiso se permitió ser vendido después de haber cumplido veinte años. Pregunto si se le deberá prohibir exigir su libertad. El ejemplo de un hombre que es libre me causa cierta dificultad; porque si el esclavo se hubiera permitido ser vendido después de haber obtenido su libertad, se le negaría el permiso para exigirla; y no se entenderá que está en una mejor posición cuando, estando en esclavitud, se permita ser vendido, que si lo

	hubiera hecho después de haber obtenido su libertad. Por otro lado, sin embargo, surge una dificultad, porque en el caso en cuestión la venta es válida y el hombre puede ser vendido, pero en el caso de un hombre libre la venta es nula y no hay nada que vender. Por lo tanto, te pido que me brindes la información más completa sobre este punto. La respuesta fue que la venta de un esclavo, al igual que la de un hombre libre, puede ser contratada, y se puede estipular una cláusula de indemnización por evicción. En este caso, no nos referimos a alguien que adquiera conscientemente a un hombre libre, ya que no se le niega el derecho de exigir su libertad frente al comprador. Sin embargo, aquel que todavía es esclavo puede ser vendido incluso en contra de su propio consentimiento, **aunque actúa fraudulentamente al ocultar su condición**, ya que tiene el poder de obtener inmediatamente su libertad, pero no se le puede culpar cuando aún no tiene derecho a ser libre. Supongamos que un esclavo, que será libre condicionalmente, se permite ser vendido; nadie dirá que no tiene derecho a exigir su libertad en caso de que se cumpla la condición, que no está en su poder; y, de hecho, pienso que la misma regla se aplicará si estuviera en su poder cumplirla. En el caso propuesto, será mejor adoptar la opinión de que no se le permita exigir su libertad si pudo hacerlo y prefirió permitirse ser vendido; porque no es digno de la ayuda del Pretor con jurisdicción sobre los fideicomisos. (p. 54).
1. 25 Cod. de evicl (8. 45)	Si alguien ha causado daño bajo la ley de evicción, será condenado a pagar una indemnización por daños y perjuicios por un monto igual al valor de la propiedad en el momento en que fue desalojado. (p. 56)
1. 2 Cod. de ads. toll. (7.17)	Si alguien añade algo que es fructífero o valioso a la tierra o animal de otra persona, y está tan adherido que no se puede quitar sin daño o gran dificultad, adquirirá la propiedad del conjunto. Pero si se puede quitar sin daño o gran dificultad, adquirirá de todos modos la cosa valiosa que añadió. (p. 54)
27 § 1 ad SC. vel. (16.1)	Papinianus, Opinions, Book III. Cuando una parte realiza un contrato de buena fe con una mujer y luego procede legalmente contra ella debido a que el dinero que prestó se ha utilizado en transacciones entre marido y mujer, no se le impedirá actuar en base a una excepción basada en el Decreto del Senado. (1) Si los esclavos que han sido designados para realizar negocios, al contratar con otra persona, demandan a una mujer cuya obligación consideran válida, la excepción basada en el Decreto del Senado impedirá a su propietario actuar legalmente. Además, no se considerará que la posición del propietario se vea perjudicada por el acto del esclavo, ya que el propietario no ha obtenido nada, al igual que cuando un esclavo compra tierras que están en litigio o cuando un hombre libre lo hace. (p. 55)
27 §1 as SC. Vell (16. 1)	(1) Cuando los esclavos que han sido designados para realizar transacciones comerciales, al contratar con otra persona, presenten una demanda contra una mujer cuya obligación ellos consideren válida, una excepción basada en el Decreto del Senado impedirá al propietario actuar legalmente; además, la posición de este último no se considerará perjudicada por el acto del esclavo, ya que el propietario no ha obtenido nada, al igual que cuando un esclavo compra tierras en litigio, o un hombre libre lo hace. (p. 54)

1. 21 pr. de acto emti (19. 1) Si sterilis ancilla sit, cujus partus venit vel major annis quinquaginta, cum id emtor ignoreraverit, ex emto tenetur venditor.	Cuando se vende una esclava junto con su descendencia, y resulta ser estéril o tener más de cincuenta años de edad, y el comprador desconocía este hecho, el vendedor será responsable de una acción de venta. (p. 56)
1. 12 de ella. vender. (18.4). El caso del dolo al comprar esperanza se menciona expresamente (p. 57)	Gaius, On the Provincial Edict, Book X. **Sin embargo, esto debería entenderse como aplicable solo cuando una parte no tiene conocimiento de que no tenía derecho a la sucesión que vendió; porque si lo tuviera, sería responsable por fraude.** (p. 57)

Más ejemplos (p. 57)

Pag.	Casos
57	La inexistencia de cosas que se suponen existentes por ambas partes puede tener su origen en que nunca existieron o que ya han desaparecido. **En el último caso, el promitente puede haber conocido o no esta circunstancia. Si lo hizo, actuó con dolo** y es responsable según los principios conocidos. En este punto, parece que según las fuentes, se excluye cualquier responsabilidad, ya que se limitan a señalar que el contrato es nulo sin mencionar la posibilidad de una posible *culpa in contrahendo*. Sin embargo, si en sí misma existe tal culpa, este silencio no impediría la aplicación de nuestra teoría, al igual que en el caso del error esencial (véase más abajo). **Por lo general, es poco probable que se le pueda reprochar al promitente su falta de conocimiento**, y esto es lo que tienen en cuenta las fuentes, pero las circunstancias también pueden ser diferentes. Por ejemplo, supongamos que alguien alquila un barco que se encuentra en un viaje marítimo en un momento en que las noticias ya han informado sobre su hundimiento. Aquí, él debe conocer esta circunstancia, y si la otra parte ha sufrido un perjuicio como resultado de la celebración del contrato, por ejemplo, si las tarifas han aumentado debido a un evento político, entonces se cumplen los requisitos de nuestra demanda en ambos lados. (p. 57).
57-58	En una subasta, alguien puja por una obra rara, y un obsequio de anticuario hace que se abstenga de seguir pujando ofreciéndole su "ejemplar" por el precio ofrecido, pero esto fue sin que él sabía, ya vendido por su gente. En mi opinion no se puede demandar aquí el cumplimiento del contrato, porque ambas partes no tenían en mente cualquier copia de la obra, sino una copia designada en cierto modo como "su ejemplar", pero esto no existe. El vendedor habría sabido esto, debe, si el comprador ha sufrido daños como resultado de

	la compra (por ejemplo, ha adquirido la obra en otro lugar, pero por un precio mucho más alto que el que se vendió en la subasta), tiene el *acto emti* por *culpa in contrahendo*. (pp. 57-58)
58	Que en este caso, de hecho, se vende un objeto que no existe se vuelve aún más claro si consideramos el caso en el que el vendedor nunca había poseído el objeto. La intención de ambas partes aquí no estaba simplemente dirigida a la entrega de un ejemplar en sí, sino que implícitamente estaba condicionada por la suposición de que el vendedor poseía uno. Así como un legado de una suma de dinero específicamente designada es nulo debido a la falta del objeto si el testador nunca hizo el dinero o lo rompió y lo gastó más tarde, pero no puede convertirse en un legado de una suma de dinero igualmente alta, de la misma manera, la venta de un objeto individualmente determinado y condicionado por la presencia de elementos determinantes no puede ser transferida a la venta de un objeto abstracto. "Mi ejemplar" es igual a "si poseo uno". (p. 58)
58-59	¿Se aplican los mismos principios cuando el objeto de la venta no es sólo una cosa, sino también un derecho? Si este fuera el caso, cualquier persona que no posea realmente el derecho que prometió transferir, como una superficie, enfiteusis, herencia o crédito, podría simplemente basarse en la imposibilidad de la prestación debido a la inexistencia del objeto. Sin embargo, con la misma lógica, también podría hacerlo el vendedor de una cosa que cree ser de su propiedad, ya que su supuesta propiedad tampoco existe. **Aquí, la diferencia entre la imposibilidad subjetiva y objetiva toma una forma ligeramente diferente. La última está presente cuando el derecho establecido como existente, o su transferencia en teoría, es imposible no sólo para este vendedor, sino para cualquier persona. En este caso, el contrato es nulo y, por lo tanto, hay espacio para nuestra demanda.** Esto incluye la imposibilidad del derecho, como la venta de la herencia de una persona viva o (según el antiguo derecho romano) la venta de la herencia de un hijo de familia, la venta de boletos de lotería después del sorteo, de derechos de ban, privilegios, etc., en un país donde hayan sido abolidos; y la imposibilidad de la transferencia, como la venta de un servidumbre predial existente o el derecho de uso. Sin embargo, en los últimos dos casos, y si el comprador era un nacional y, por lo tanto, debía conocer la ley, nuestra demanda estaría excluida por error de derecho por parte del comprador. (pp. 58-59)

3.- Inconsistencia de la voluntad contractual (p. 60)

> La forma en que la voluntad aparece en el mundo exterior es su explicación en palabras y acciones. Sin embargo, la
>
> expresión de la voluntad y la volunlad misma pueden divergir, ya sea porque falta la seriedad de la voluntad, es decir, la expresión no debe tener ningun significado real según la intención de quien habla o actúa, o la voluntad esta ahí, pero la expresión es que no cubre. (p. 60)

El principio de diligencia in contrahendo

"El mismo derecho romano, en el principio de diligencia in contrahendo, nos da los medios para otorgar la protección. En el caso de contratar, cada uno debe responder de la veracidad de su declaración de voluntad. El defecto de la misma, que en realidad ha impedido la perfección del contrato asumido por el contrario, le obliga a indemnizar. (p. 61).

A. Inconsistencia de la Declaración (p. 62)

La misma puede deberse inicialmente a que la declaración no tiene la intención de ser seria, es decir, de generar obligaciones. En primer lugar, se excluye completamente el caso de la simulación, ya que esto requiere el consentimiento mutuo de ambas partes. Por lo tanto, **mientras que una tercera persona puede ser inducida al error** en cuanto a la existencia del contrato, ninguno de los contratantes puede ser engañado en este sentido, **por lo que la acción por dolo puede existir, pero no nuestra demanda**. Lo mismo afirmaría en el caso de la broma. Si las circunstancias están dispuestas de tal manera que el oponente debe haber reconocido la falta de intención seria, entonces este último está en culpa si lo pasó por alto, por lo tanto, no tiene derecho a nuestra demanda por esta razón. Sin embargo, si las circunstancias no son de tal naturaleza, creo que la objeción de la broma no debería ser admitida en absoluto, aunque se pueda demostrar la falta de seriedad de la voluntad a través de las circunstancias (desconocidas para el oponente en el momento de la conclusión del contrato) del bromista. Aquí parece que se aplica exactamente el mismo punto de vista que establecí en la Nota 78[1592] para la interpretación. (p. 62)

[1592] La nota 78 a la alude Ihering (1861) dice: El juez no debe tener en cuenta, en otras palabras, no tiene la tarea de decidir cuál fue el verdadero sentido de la declaración del hablante, sino cómo debía entenderla el oponente según las circunstancias que tenía ante sí. En la interpretación de los contratos, lo relevante es la comprensión razonable que el oponente pudo haber tenido en base a las circunstancias conocidas por él. El juez debe evaluar cómo una persona razonable en la posición del oponente habría interpretado la declaración en esas circunstancias. (pp. 60-61)

1	Casos
62-63	Por lo tanto, **parece que el caso de la discrepancia intencional entre la voluntad y la declaración no nos ofrece un ejemplo para nuestra demanda**. Sin embargo, aún se podría imaginar uno. Para ilustrar esto, consideremos el caso de explicar la forma de un cheque. Supongamos que alguien emite un cheque en el que él mismo actúa como girador, otra persona como girado y un tercero como tomador. El otro toma el formulario y endosa el cheque. ¿Puede el endosatario hacer valer su recurso contra el girador? En la medida en que esto no sea posible dentro del proceso de cobro del cheque y suponiendo que el recurso contra el endosante no tenga éxito, le concedería nuestra demanda, ya que fue culpa del girador entregar el formulario. Dado que en un cheque real, el endoso del cheque conecta al girador con el endosatario en una relación obligatoria, es decir, al emitir el cheque a orden, el girador está contratando de alguna manera con una persona indeterminada (*in personam incertam*), por lo que no se puede argumentar en mi contra que la culpa aquí es de naturaleza extracontractual. (pp. 62-63)
63	Más importante que el caso de la discrepancia intencional entre la voluntad y la declaración es el caso de la **discrepancia no intencional**. El orador realmente ha querido algo, pero no lo que la otra parte encontró y debía encontrar en sus palabras, ya sea porque se equivocó, es decir, tuvo una idea equivocada sobre un aspecto esencial del contrato, o porque se confundió al comunicar su voluntad. Por ejemplo, un director de teatro que desea contratar a una cantante, pero confunde a esa cantante con otra de nombre similar, por ejemplo, su hermana, y contrata a esta última, se ha formado una idea equivocada sobre la persona de su contratante, es decir, se equivoca. Sin embargo, si el director sabe que ambas existen y conoce sus nombres, pero se equivoca en el nombre al dirigirse a ellas, no se está equivocando, sino que se está equivocando **en la comunicación de su voluntad y se convierte así en el autor de un error ajeno**... **Aunque es apropiado que la ley reconozca el error sustancial como motivo de nulidad, esta forma de tratamiento requiere complementar nuestra demanda**. ¿Debería la cantante, que ha dejado su contrato anterior, simplemente conformarse con la llegada y el descubrimiento de la confusión con la simple observación de que hay un error sustancial en la persona y que el contrato es nulo? Todos estarán de acuerdo en que ella tiene no sólo el derecho más justo a la compensación por los gastos de viaje, sino también a una indemnización por otros daños. (p. 63)
63-64	Podemos aceptar que un farmacéutico o un guardaforestal que, creyendo que se trataba de raíces oficiales, solicitó a su librero un diccionario de raíces germánicas, no esté obligado por el contrato debido a un error sobre las características sustanciales del objeto; sin embargo, si el librero, sabiendo que el editor no quiere aceptar la devolución del libro, debe asumir la responsabilidad por el daño, esto violaría cualquier sentido de justicia.
64-65	**El error fundamental puede adoptar una forma en la que uno tiende a aplicar los principios de interpretación de expresiones ambiguas en lugar de los principios del error.** Una fuente rica de malentendidos mutuos, especialmente, es la diferente significación de algunos términos relacionados con el sistema monetario; prácticamente no hay una expresión que no tenga un significado distinto en este lugar en comparación con aquel. Por lo general, se enseña que en caso de disputa entre las partes sobre el sentido de dicha expresión, prevalece el sentido local, por lo que, por ejemplo, un extranjero que celebre un contrato estipulado en táleros en Bremen debe aceptar táleros de oro. Sin

	embargo, considero que esto es decididamente incorrecto en esta generalidad. Es correcto sólo bajo la suposición de que la parte que afirma haber entendido la expresión en un sentido distinto al utilizado localmente conocía o debía conocer este último sentido; en este caso, al no tomar el trabajo de determinar el sentido de la expresión según su propio entendimiento, se sometió al sentido local. Sin embargo, la situación es completamente diferente cuando esa parte desconoce por completo ese sentido, por ejemplo, un francés que, basándose en un anuncio en un periódico suizo, reserva un artículo que se establece en francos sin ninguna especificación de que sean francos suizos, o un danés que acaba de llegar a Hamburgo y exige u ofrece una determinada cantidad de chelines por un bien, sin saber que la expresión en este lugar indica un valor distinto al de su país de origen. Tanto aquí como allí, no hay un consenso entre ambas partes sobre el precio, y sería negar todos los principios sobre el error fundamental si se intentara simplemente aplicar el significado local de la expresión utilizada. El derecho romano declara expresamente nulo el contrato en caso de discrepancia entre las partes sobre el precio, lo que ha dado lugar a malentendidos; sin embargo, dicho derecho no tiene peso en todas partes y tampoco debemos otorgárselo. El acuerdo mutuo sobre una cantidad determinada de francos o chelines es sólo en relación a la palabra, no al contenido, es decir, la suma de dinero; en realidad, las partes difieren en el precio, allí en la proporción de 7 a 10, aquí en la de 5 a 16, están separadas una de otra. (pp. 64-65)
65	Una situación similar ocurre con los malentendidos causados por la falta de conocimiento de un idioma extranjero o de términos técnicos, palabras extranjeras, etc. No se puede culpar a un francés que llega a Alemania por no dominar completamente el idioma alemán, pero sí se le puede reprochar que contrate en nuestro idioma sin estar completamente seguro de lo que está haciendo. Si utiliza su lengua materna, la situación se invierte; él, al expresarse de manera clara y precisa, no tiene culpa, pero su oponente, que intenta llevar a cabo una negociación en francés sin ser capaz de hacerlo, es responsable de asegurarse y obtener la certeza necesaria sobre la correcta interpretación de las expresiones del contrario. (p. 65)
66	Además, se incluye el malentendido de los símbolos convencionales, abreviaturas, etc. El mecánico que utiliza los símbolos convencionales de metros, pulgadas, líneas, etc. en la publicación de su lista de precios puede esperar que todos aquellos que realicen pedidos comprendan su significado. Por lo tanto, si hay una confusión por parte del cliente en relación a estos símbolos, esto podría invalidar el contrato, pero no eximiría al mecánico de la *culpa in contrahendo* y sus consecuencias. (p. 66).
66-67	En consideración al error en la expresión, repito la observación anterior (página 76) sobre la delimitación del ámbito de la interpretación en relación al del error sustancial. La conclusión de que, porque una parte debía interpretar el término de esa manera, la otra parte también está vinculada a ello, es igualmente infundada que en los casos anteriores de error. Después, los hechos pueden demostrar de manera indiscutible que el hablante simplemente se equivocó en el uso del término debido a su torpeza, pero si el oponente, que desconoce estos hechos, tiene que interpretar el término en un sentido completamente diferente desde su perspectiva, sería injusto para ambos intentar llegar a un acuerdo forzado a través de la interpretación. Ambos querían algo diferente y no llegaron a un acuerdo porque no se entendieron. **Por lo tanto, el contrato es nulo, pero**

	la parte que, debido a su falta de claridad, provocó el malentendido, es responsable por la *culpa en la contratación*. (pp. 66-67).
Nota 84 P. 67	Una forma peculiar puede adquirir en la redacción de encargos por escrito a terceras personas. Quien le da instrucciones a otra persona de entregar una suma específica "al portador de este document", **es responsable de su propia negligencia** si en lugar del portador previsto, otra persona que ha robado el papel lo entrega y recibe la suma. Lo mismo ocurre si comete un descuido al indicar la suma, por ejemplo, al expresarla solo en números sin repetirla en palabras y dejando suficiente espacio entre los números para que se pueda agregar uno más…Un caso destacado, **donde ciertamente la culpa se compensó en ambos lados**, ocurrió con algunas personas que conozco. Uno de ellos, A, recibió la visita de un camarero que lo había atendido anteriormente, quien le informó que, después de haber estado enfermo durante algún tiempo, tenía la intención de regresar a su lugar de origen, pero le faltaban 2 florines para el pasaje, por lo que le pidió que hablara con él y su amigo B al respecto. A, que no tenía poco dinero, le dio una carta abierta (sin dirección) a B que decía: "Querido amigo, X nos pide que le ayudemos con la parte que falta de su pasaje debido a nuestra antigua amistad. No tengo monedas, así que dale todo; mañana te traeré mi mitad". A continuación, A llevó la carta primero a B y mencionó que la suma necesaria era de 3 florines, que recibió sin que B tomara la carta. Luego, A utilizó la misma carta de la misma manera con los amigos comunes de ambos, C y D. (p. 67, nota al pie No. 84).
68	De acuerdo con nuestro principio, también se responde a la pregunta planteada y afirmada por algunos escritores más recientes sobre si el emisor de un documento de deuda, un cheque o un título al portador debe responder ante el poseedor de buena fe (cesionario, endosatario, tenedor) cuando estos documentos se le han perdido en contra de su voluntad. Él ciertamente debe hacerlo, pero sólo según los principios de la *culpa in contrahendo*, es decir, el receptor sólo recibe la compensación por el daño, por lo tanto, si compró el documento, recibirá el precio de compra, pero si le fue regalado, no recibirá nada. (p. 68)
68	Que un error tipográfico, en cuanto afecte a puntos esenciales del contrato, la cantidad que concierne al domicilio da lugar a la nulidad del contrato y, como culpa in contrahendo, a la obligación de indemnizar, no necesita ser comentada. (p. 68)
68	No es necesario mencionar que un error de escritura, en lo que respecta a puntos esenciales del contrato, como la suma o la dirección, puede llevar a la nulidad del contrato y generar una responsabilidad por *culpa in contrahendo* y compensación por daños. **Sin embargo, considero necesario recordar aquí la exigencia de buena fe por parte de la otra parte. Incluso en los casos tratados hasta ahora, las circunstancias podrían ser tales que llevaran al demandante a pensar en un error por parte de la otra parte**. Por ejemplo, si la discrepancia entre la suma ofrecida y la que se le solicitó revelara que la otra parte estaba equivocada en cuanto al valor de la moneda. Un comerciante que solía recibir de un cliente un artículo en cantidades de 10-12 libras, al recibir una carta en la que el cliente solicita 10 cwt (quintales), debería sospechar que el cliente cometió un error al escribir en lugar del símbolo de libra el símbolo de quintal, y como persona legalmente responsable, debería aclarar este punto mediante una consulta. Lo mismo ocurre cuando se trata de artículos que se solicitan en "miles", por ejemplo, cigarros, y el pedido indica "3 millones", o cuando recibe un pedido del cual se deduce

	que el solicitante no se refería a él, sino a un competidor con el mismo nombre en el mismo lugar, habiendo cometido un error sólo en el nombre de pila. (p. 69)
69	La falta de claridad en la escritura también puede ser considerada desde nuestro punto de vista. Por ejemplo, cuando alguien escribe “1 - 2 StUck” pero traza la línea tan pequeña y borrosa que cualquiera debe interpretar el número como 12, o cuando utiliza abreviaturas individuales que el oponente no puede interpretar de otra manera que como lo hizo. Sin embargo, este último no estaría excusado si, en una entrega específica para un plazo determinado acordado por ambas partes, los trazos "I" en la escritura a mano indicaran “Jan.” (enero) pero las circunstancias apuntaran a “Jun.” (junio). (p. 69)
69-70	Y, de hecho, no tengo reparos en responsabilizar completamente a aquel que utilice tales medios de comunicación por la confiabilidad de los mismos. Ni el mensajero ni el telégrafo garantizan la certeza absoluta de la transmisión auténtica. Incluso el mensajero más confiable puede cometer un error o olvidar algo, y la seguridad de la comunicación telegráfica puede ser afectada no solo por el menor descuido de un operador, sino también por tormentas, interrupciones en la línea, entre otros. Cuando uno recibe una comunicación directa de otra persona, ya sea verbal o escrita, se asume la absoluta veracidad de su autenticidad. **Si la otra parte ha cometido un error al hacerlo, también será culpable**. Por otro lado, la comunicación indirecta proporciona acceso al error de terceras personas y expone a la otra parte a la negligencia o distracción de personas que no pueden ser responsabilizadas por ello. (pp. 69-70) Si bien el intercambio de información no puede prescindir de estas formas de comunicación, aquellos que las utilizan deben ser conscientes de su fallibilidad y, si no desean correr riesgos innecesarios (en cuyo caso también serán responsables de las consecuencias), deben asegurarse especialmente de la correcta realización de su pedido, por ejemplo, en el caso del telégrafo, mediante una respuesta telegráfica; en el caso del mensajero, a través de una consulta por otros medios; en el caso de la comunicación a través de un corresponsal, mediante la presentación y firma de la carta escrita por él. Sin importar las medidas de seguridad tomadas, aquel que, como la experiencia diaria demuestra, **elige los medios de comunicación engañosos** en lugar de la expresión oral o escrita propia, que son absolutamente seguros, **lo hace bajo su propio riesgo**. (p. 70)
70-71	**En el derecho romano no se encuentra una afirmación directa sobre nuestra pregunta, pero al menos ofrece ciertos indicios**. Espero poder demostrar en otra ocasión el principio de que aquél que hace que otra persona realice una acción que le incumbía, es responsable de manera absoluta por su culpa, mientras que aquél que sólo necesita elegir a otra persona para llevar a cabo la acción sólo será responsable de la *culpa en la elección* si se le puede reprochar a él mismo. El comodatario, quien entrega una cosa a otra persona para su transporte, es responsable de manera absoluta si esta persona la deja caer, la extravía, etc. Sin embargo, el comerciante extranjero que no tiene que entregar personalmente las mercancías encargadas, sino simplemente enviarlas o elegir a otra persona para hacerlo, no es responsable de nada si no se puede objetar nada en contra de su elección del transportista o del flete. **Aplicando esta distinción a nuestra pregunta, podemos decir que cada contratante tiene que expresar su voluntad por sí mismo; aquel que se sirve de otras personas con ese propósito lo hace bajo su propio riesgo o, para utilizar las palabras de una cita de la nota anterior, debe**

	responder por sus actos, ya que los haya empleado por su propia cuenta y riesgo. (p. 70-71)

B. Falta de fiabilidad de la voluntad misma

1.- Revocación de la oferta a la conclusión del contrato entre los ausentes.

Pág.	Casos
71-72	El contrato celebrado entre ausentes conlleva un riesgo latente para el obligado. En el momento en que él acepta la oferta, es posible que la carta que lo informa de la revocación de la misma ya esté en camino, pero él la recibirá solo después de haber comenzado a ejecutar el contrato. Según el derecho romano, en esta situación el contrato no se considera válido. Para protegerlo contra este riesgo, los legisladores modernos mencionados anteriormente (página 48) han eliminado por completo el derecho de retractación de las ofertas, lo cual puede haber ido demasiado lejos. Mientras tanto, el proyecto del Código de Comercio alemán (después de la segunda lectura), en el Artículo 298, establece que la retractación es válida si se realiza antes o junto con la oferta. Desde una perspectiva legislativa, considero que esta disposición es la más adecuada, al menos para las transacciones comerciales. (pp. 71-72)
72	**Digesto 1.11 § 5 de inst. Acto. (14.3):** Cualquier condición en la que dependiera el nombramiento también debe ser considerada, ya que ¿qué se debe hacer si la parte desea que se realicen negocios con ella bajo una cierta condición, o a través de la intervención de una determinada persona, o bajo una garantía, o en relación a un asunto específico? Es completamente justo que se tenga en cuenta para qué fue designada la parte. Del mismo modo, si el principal tiene varios agentes y desea que se realicen contratos con todos ellos a la vez, o sólo con uno; y si advierte a alguien que no haga un contrato con él, no deberá ser responsable de la Acción Institoria, ya que podemos prohibir a una determinada persona o a una cierta clase de hombres o comerciantes que realicen un contrato, o podemos permitir que ciertas personas lo hagan. Pero cuando el principal ha prohibido que se haga un contrato, a veces con un hombre y otras veces con otro, siendo los cambios continuos, la acción deberá ser otorgada a todos ellos en su contra, **ya que las partes que realizan contratos no deben ser engañadas**.
72	Digesto 1.14 de Publ. act. (6. 2).: Ulpianus, On the Edict, Book XVI. Papiniano afirma en el Sexto Libro de Cuestiones que, cuando alguien prohíbe la entrega de un bien o da aviso, y la propiedad ha sido vendida por su agente a su solicitud, y el agente la entrega a pesar de esto, el Pretor protegerá al comprador, ya sea que esté en posesión o que presente una acción para recuperar el bien. Sin embargo, cuando el agente se ve obligado a hacer el pago al comprador debido a una acción basada en la compra, el primero puede recuperarse a través de una acción contraria basada en el mandato, ya que podría suceder que la propiedad pueda ser recuperada del comprador por parte de quien ordenó venderla, debido a que por ignorancia no hizo uso de la excepción que debía alegar, por ejemplo: “Si la parte con la que negocié no hizo la venta con tu consentimiento”.

72	Por ejemplo, si la discrepancia entre la suma ofrecida y la que se le solicitó revelara que la otra parte estaba equivocada en cuanto al valor de la moneda. Un comerciante que solía recibir de un cliente un artículo en cantidades de 10-12 libras, al recibir una carta en la que el cliente solicita 10 cwt (centner), debería sospechar que el cliente cometió un error al escribir en lugar del símbolo de libra el símbolo de centner, y como persona legalmente responsable, debería aclarar este punto mediante una consulta. Lo mismo ocurre cuando se trata de artículos que se solicitan en "miles", por ejemplo, cigarros, y el pedido indica "3 millones", o cuando recibe un pedido del cual se deduce que el solicitante no se refería a él, sino a un competidor con el mismo nombre en el mismo lugar, habiendo cometido un error solo en el nombre de pila. (p. 72)

2. **Cambio de voluntad en la celebración de contratos a través de intermediarios**

Pág.	Casos
74-75	En la medida en que la intervención de un intermediario, ya sea un mensajero, un representante o un sustituto, pueda generar efectos según el derecho romano para el mandante, se sabe que esto requiere, como regla general, una plena congruencia entre la orden y su ejecución, no sólo en cuanto al contenido, sino también en cuanto a la existencia de la voluntad del mandante en el momento de la ejecución. Si la orden se ha excedido o ha sido revocada, incluso sin que el intermediario tenga conocimiento de ello, se excluye el efecto que de otro modo se habría producido. En el último caso, si la tercera persona no puede obtener una compensación del mandante… se encuentra en la misma situación y tiene la misma necesidad de protección que en el caso recién expuesto. No se requerirá ninguna otra justificación para ayudarla de la misma manera que en ese caso, la única diferencia es que aquí una persona ocupa el lugar de la carta.

3. Muerte del oferente antes de la aceptación en la celebración de contratos a distancia.

Pág.	Casos
76	Si el obligado acepta sin conocer la muerte del oferente y cree que el contrato se ha celebrado y lo ejecuta en consecuencia, la equidad más grande respalda nuevamente la indemnización por el daño causado. Pero ¿cómo justificar la reclamación? En su favor, todas las condiciones necesarias están presentes, pero ¿cómo se puede atribuir culpa a la otra parte? ¡No se puede considerar la muerte como culpa! **Debo admitir que mi teoría se encuentra con un obstáculo insuperable en este punto, sobre el cual no puedo superar sin un esfuerzo considerable**. **Negar la demanda de indemnización en esta situación contradice mi sentido de justicia de manera enfática, y prefiero creer que he cometido algún error desconocido en la construcción de mi teoría en lugar de excluir la demanda en este caso. Pero si se permite la demanda, no queda más opción que atribuir la culpa de la siguiente manera**. Si se hubiera contratado en persona, la muerte no habría podido tener ese efecto perjudicial. Si una persona ausente desea contratar, para asegurarse contra esa influencia perjudicial para la otra parte, debe haberse acercado personalmente a ella; **si no lo hace y en cambio elige el camino más fácil de comunicación a través de una carta o una tercera persona, está sustituyendo, en interés de su comodidad, una forma que expone al oponente al peligro mencionado. Por lo tanto, la culpa radica en el hecho de que,**

	en lugar de elegir el medio seguro de comunicación oral personal, opta por uno inseguro que pone en riesgo a la otra parte contratante. (pp. 76-77)

4.- Desistimiento de una oferta pública.

Pág.	Casos
77	Aunque las ofertas públicas no eran ajenas a la vida romana, el derecho romano, que sepamos, nunca llegó a reconocerlas legalmente (p. 77)
78	Sin embargo, el desarrollo del comercio moderno nos ha superado esta limitación de manera inevitable; la posibilidad de establecer obligaciones *in personam incertam* es un hecho de la vida actual, frente al cual la adhesión a la posición romana sólo estaría justificada en relación con las formas de obligación puramente romanas. (p. 78)
79	De la misma manera que un librero solo está obligado una vez que acepta un pedido basado en su anuncio, así también la administración de ferrocarriles sólo está obligada una vez que se ha comprado el boleto; hasta entonces, nadie puede reclamar nada contra ellos, por muy grande y evidente que sea el perjuicio sufrido debido a la suspensión de un viaje que va en contra del horario establecido. De lo contrario, llegaríamos al punto en el que sólo la intención de contratar con dicha institución -y no se trata de algo más hasta que se haya comprado el boleto- sería suficiente para reclamar, y cientos y miles de personas podrían alegar haber tenido la intención de viajar en caso de cancelación de un viaje. (p. 79)
80	161 de R. J. (50. 17) En el Edicto, Libro LXXVII. Se estableció una regla adoptada por la Ley Civil que establece que cuando una parte interesada impide el cumplimiento de una condición, se considera lo mismo que si hubiera sido cumplida. Esto se aplica a las concesiones de libertad, legados y nombramientos de herederos; y, según esta regla, las estipulaciones también entran en vigor cuando, debido al acto del promitente, se impide al estipulante cumplir con la condición.
83-84	Podemos considerar la oferta como una promesa unilateral dirigida hacia una condición potestativa y una persona incierta, o, en otras palabras, como una promesa popular que debe ser aceptada mediante el cumplimiento de la condición. Dado que antes de la aceptación nadie ha adquirido un derecho de ella, la posibilidad de que el promitente retire su promesa no puede ser cuestionada desde el principio. Por otro lado, esta posibilidad implica un riesgo para todas las personas que ya se han comprometido con la resolución de la tarea planteada, por lo que, sin esta incertidumbre, se podría anular por completo el valor práctico del instituto, por lo que el público debe ser protegido contra tal riesgo. Esta protección se ha intentado de diversas maneras, a saber: 1. Mediante la prohibición total de la revocatoria. Así se establece en la legislación prusiana. No se puede negar que este enfoque tiene la ventaja de ser el más simple y también se puede justificar jurídicamente por la analogía con las fundaciones. (p. 83) 2. La ineficacia de la revocación frente a aquellos que ya han tomado las medidas preparatorias para el rendimiento. Los defensores de esta opinión la fundamentan en el hecho de que en estos pasos ya se encuentra una aceptación, lo que crea la

	obligación para el oponente de esperar el resultado, que finalmente decidirá sobre el reclamo. No puedo estar de acuerdo con esta opinión. Parece haber surgido de la suposición de que los concursantes de premios estarían completamente desprotegidos; una suposición cuya falta de fundamento espero demostrar de inmediato. Además, su validez depende de la pregunta de si se puede encontrar una aceptación en esos pasos preparatorios. No puedo decidirme por ello. La aceptación sólo se ha producido con el cumplimiento real de la condición, por lo que todas las medidas preparatorias pueden considerarse como pasos hacia la aceptación, no como aceptación en sí (84)
85-86	3. Permitir la revocación de la oferta, pero con la obligación de indemnizar por culpa in contrahendo. La situación del solicitante que es sorprendido en medio de su actividad por la revocación de la oferta no es diferente a la de un aceptante en contratos entre ausentes, que se ve afectado de la misma manera por la revocación de la oferta. Ambos han emprendido lo que deseaban en confianza en la palabra del oferente y ahora deben darse cuenta de que el éxito que esperaban se ha visto frustrado por un cambio de voluntad de la otra parte. Así como en un caso, el oferente también debía considerar la posibilidad de tal efecto perjudicial al revocar su oferta; si, a pesar de eso, se atreve a hacerlo, está dejando de lado las consideraciones que debía tener hacia la otra parte al celebrar el contrato, es decir, comete una *culpa in contrahendo*. En ambos casos**, su revocación se inscribe en una relación contractual aún en proceso de formación, frustrando la realización de esta relación deseada e impulsada por él mismo. No nos confundamos por una diferencia en la estructura práctica de ambos casos. En los contratos entre ausentes, actuar sobre la base de una oferta no aceptada no genera un derecho a indemnización** (página 43); ¿por qué? La razón de esta diferencia está clara. **Si el oferente quisiera hacer valer tal reclamo, el oferente podría responderle: ¿por qué no aceptaste la oferta antes de comenzar a actuar? Tienes los medios para asegurarte de tomar las precauciones necesarias, pero no los has utilizado. Las consecuencias desfavorables de tu acción precipitada son responsabilidad tuya, no mía. Sin embargo, el oferente no puede hacerle ese reproche al solicitante, ya que este último no debe ni puede aceptar solo con palabras, sino comenzar de inmediato con la acción. En defensas y ofertas, el revocador que ha inducido a la otra parte a actuar contractualmente es responsable, pero en el caso de las ofertas sólo se puede hablar de una inducción si el solicitante aceptó sin conocer la revocación, ya que la aceptación previa está excluida por la voluntad del oferente y el propósito del negocio.** De lo expuesto hasta ahora se desprende que el solicitante no tiene la carga de demostrar que sus acciones realmente habrían tenido el éxito esperado. Esto no se puede demostrar en muchos casos en los que se requeriría una competencia, como en el caso de concursos de precios, pero que se impide de antemano debido a la revocación de la oferta. **Por otro lado, la propia negligencia excluye el reclamo de indemnización por *culpa in contrahendo*, como en todos los casos**. Por lo tanto, por ejemplo, si alguien se presenta a una carrera anunciada con primas con un caballo completamente inadecuado y luego se entera de que se ha pospuesto, no puede exigir el reembolso de sus gastos de viaje. Del mismo modo, rechazaría el reclamo si el oferente se ofrece como prueba de que las acciones del demandante no habrían tenido éxito incluso sin la revocación. En este caso,

	el demandante no ha sufrido ningún daño debido a la revocación, y ésa es la premisa de nuestra demanda. Ya se mencionó anteriormente (página 50) otro caso de aplicación de esta demanda que puede surgir de una oferta, y no tengo nada más que añadir aquí. Concluyo este ensayo con la esperanza de que, a pesar del cuidado que he dedicado a recopilar los casos pertinentes, aún puedan haberse escapado algunos. Le pido a cualquiera que esté en posición de contribuir que me envíe su aporte para que pueda utilizarlo en una posible revisión futura de esta doctrina. (p. 85-86)

Anexo Final

Pág.	Casos
87-88	La ley del telégrafo, en particular la responsabilidad por telegrafía incorrecta o retrasada… Reyscher esta de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Distrito de Colonia de que el error esencial en este caso ha descartado la celebración del contrato: "Considerando que la telegrafía electromagnética en la actualidad sigue siendo un medio de comunicación más o menos impreciso e inseguro, debido a que tanto la fuerza motriz como las influencias contrarias, perturbadoras y retardantes aún no son adecuadamente conocidas, y además, aparte de las operaciones puramente mecánicas, la actividad del personal involucrado puede dar lugar a errores y malentendidos debido a la inusual rapidez y velocidad requerida por la naturaleza del medio. Por esta razón, todos los Estados en cuyas manos se encuentra actualmente el servicio telegráfico han excluido cualquier garantía de que aquel que utilice este medio inseguro para su correspondencia y omita las precauciones necesarias para asegurar la transmisión correcta, deberá atribuirse a sí mismo las consecuencias de las perturbaciones e errores que se produzcan y compensar los daños causados a terceros (Artículo 1382 del Código Civil)." (p. 87). "El tribunal reconocedor ha partido, como se puede ver, principalmente del mismo punto de vista que he tratado de fundamentar, el de la culpa, aunque, por supuesto, no se ha pronunciado detalladamente sobre la cuestión de si la culpa debe ser considerada aquí como extracontractual (que es a lo que se refiere el artículo 1382 citado) o contractual." (p. 88) 1. El hecho de que el uso del telégrafo sea un lugar común, incluso indispensable, no excluye su calidad de medio de comunicación incierto y engañoso…Como dice el propio Fuchs, él causa "el peligro"; No veo por qué uno no debería decir: él la causó. Tenía la elección entre un medio absolutamente cierto y uno empíricamente poco liable; en su propio interés decide por este último y así pone en peligro a los otros oponentes, ¿esto no es una culpa? (p. 90) 2.- Si omite esta medida de precaución para ahorrar costos, se le puede reprochar no haber utilizado el único medio adecuado para evitar un error, y una vez más, no veo ninguna razón para no considerar esta negligencia como culpa, dado que es generalizada. (p. 90-91) Por cierto, si Reyscher pretende eximir al remitente de cualquier responsabilidad por los errores del mensajero, me gustaría preguntar por qué las mismas condiciones que él establece para responsabilizar al remitente del despacho no deberían aplicarse también al

	mensajero. La situación del destinatario, a quien se le encomienda la acción inmediata a través de uno u otro medio, es exactamente la misma en ambos casos, y en ninguno de los dos debería esperar a consultar con el remitente para verificar la autenticidad del mensaje. ¿O acaso el cochero, en lugar de enganchar inmediatamente como se le ordena, debería enviar a alguien primero para asegurarse de que el mensajero no se haya equivocado? En mi opinión, Koch acertó al equiparar completamente ambos casos, y de la misma manera, **el remitente del despacho, al reconocer su obligación de indemnización de manera voluntaria, simplemente garantiza que el sentido común del lego coincida generalmente con lo que la jurisprudencia tiene que fundamentar mediante un arduo proceso de deducción teórica**. (p. 91).

ANEXO II

REFERENCIAS EN EL DIGESTO RELACIONADAS A LA BUENA FE, LA MALA FE Y EL DOLO

ANEXO II

REFERENCIAS EN EL DIGESTO RELACIONADAS A LA BUENA FE, LA MALA FE Y EL DOLO[1593]

Referencia	Cita del Digesto
5.2 (13.6)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXVIII Ahora debemos examinar qué es lo que se debe tener en cuenta en una acción sobre préstamo de uso, ya sea el fraude, la **negligencia** o cualquier tipo de riesgo. En los contratos, a veces somos culpables de fraude y otras veces de negligencia. En el caso del depósito, somos culpables de fraude, ya que la parte que recibe la propiedad depositada no obtiene ningún beneficio, por lo que es razonable considerar sólo el fraude, a menos que se realice una compensación, en cuyo caso (como se ha establecido) también se incluye la **negligencia**; o cuando se acordó desde el principio que la parte que recibió el artículo depositado sería responsable tanto de la **negligencia** como del accidente. Sin embargo, en los casos de venta, alquiler, dote, prenda o sociedad, donde el beneficio de ambas partes está involucrado, se aplica la responsabilidad tanto por fraude como por **negligencia**. En el caso de un préstamo, generalmente el beneficio total recae en la parte a la cual se le presta la propiedad; por lo tanto, la opinión de Quintus Mucius, **quien pensaba que la parte debe ser responsable de la negligencia y debe usar diligencia,** es la más correcta.
5.4-8 (13.6)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXVIII (4) Pero cuando ocurre un deterioro, ya sea por vejez o enfermedad, o cuando la propiedad es robada por ladrones, o cualquier cosa de este tipo ocurre, se debe decir que la parte que recibió el préstamo no debe ser culpada por ninguna de estas cosas, a menos que haya ocurrido alguna **negligencia** por su parte. Por lo tanto, si se produce algún daño debido al fuego o la caída de un edificio, o se produce alguna pérdida inevitable, la parte no será responsable; a menos que, cuando podría haber salvado la propiedad prestada, prefirió salvar la suya propia. (5) **No cabe duda de que debe usar cuidado diligente con respecto a la propiedad prestada**.

[1593]Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm (en adelante "Digesto" o "el Digesto").

	(6) Pero **si debe usar este cuidado** cuando se ha prestado un esclavo, fue objeto de duda por parte de las autoridades antiguas; ya que a veces se debe mantener una vigilancia sobre un esclavo, como cuando se le encadena cuando se presta, o cuando su edad requiere que sea vigilado; pero si estaba claro que se entendía que la parte que lo solicitó debía cuidarlo, se debe considerar que esto debe hacerse. (7) Sin embargo, a veces la pérdida por muerte debe ser soportada por la parte que solicitó el préstamo; ya que si te prestara un caballo para llevarlo a tu villa y lo llevas a la guerra, estarás sujeto a una acción por préstamo; y la misma regla se aplica en el caso de un esclavo. Sin embargo, está claro que si te prestara el caballo para que lo lleves a la guerra, el riesgo sería mío, porque Nanusa dice que si te presto un esclavo para enlucir una pared y él cae desde un andamio, el riesgo es mío. Sin embargo, creo que esto es cierto solo si te lo presté con el propósito de trabajar en un andamio; pero si él realiza su trabajo en el suelo y tú lo haces subir a un andamio; o si, debido a algún defecto en este último que no fue construido correctamente, aunque no lo haya fijado la parte en cuestión, o si ocurrió debido a la edad de las cuerdas o postes; digo que la parte misma que solicitó el préstamo **debe ser responsable del accidente que ocurrió por su negligencia**. Mela afirmó que si se prestaba un esclavo a un cantero y este era asesinado por la caída de un andamio, el artesano es responsable de una acción por préstamo, **porque construyó el andamio de manera descuidada.** (8) Además, **cuando una persona utiliza el artículo prestado de una manera diferente a la prevista**, es responsable no solo de una acción por préstamo, sino también de una acción por robo; como afirma Julianus en el Libro Once del Digesto. Él también dice: "Si te presto un libro en blanco y haces que tu deudor escriba en él una nota para asegurarte, y luego yo lo borro; si te presté el libro para que estuvieras asegurado, soy responsable ante ti en una acción recíproca". Pero si esto no es así, y no me informaste que se había escrito la nota, también serás responsable ante mí en una acción por préstamo, y él dice que incluso serás responsable de una acción por robo; ya que hiciste uso de la propiedad prestada de una manera diferente a la que deberías haber hecho, de la misma manera que cualquier persona es responsable de un robo si usa un caballo o una prenda de vestir para un propósito diferente al que fue prestado.
22.4 (13.7)	(4) Si un acreedor, al vender la propiedad empeñada, prometió doble indemnización (pues esto es habitual, y al haber sido demandado por evicción se dictó sentencia en su contra), ¿tendría derecho a una acción recíproca sobre la prenda? Se puede decir que sí tendría ese derecho, siempre y cuando haya realizado la venta sin fraude **ni negligencia**, y haya llevado a cabo la transacción **como el cabeza de familia diligente debería hacerlo**. Sin embargo, si una venta de este tipo no fue en absoluto rentable, sino que la parte la vendió por tanto como hubiera podido obtener incluso si no hubiera hecho la promesa, no puede recurrir a esta acción.
13.1, 14 &15 (13.7)	Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXVIII

	Si, al vender una prenda, se celebró un acuerdo entre el acreedor y el comprador de que si el deudor pagara el precio de compra al comprador, tendría derecho a que se le devolviera su propiedad; Julianus dice que también se establece en un rescripto que, debido a este acuerdo, el acreedor es responsable por la acción sobre prenda de transferir al deudor su acción de venta contra el comprador. Sin embargo, el propio deudor puede interponer una acción para recuperar la propiedad, o una acción in factum contra el comprador. (1) Tanto la mala fe como la **negligencia** pueden ser objeto de esta acción, al igual que en el caso de un préstamo de uso. También se incluye la custodia segura, pero la violencia irresistible no está dentro de su ámbito. 14. Paulo, Sobre el Edicto, Libro XXIX. Por lo tanto, se **requiere la misma diligencia que un cabeza de familia cuidadoso** acostumbra ejercer en sus propios asuntos por parte del acreedor. 15. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXVIII. Cuando el acreedor devuelve la prenda, debe proporcionar al deudor seguridad contra el fraude, y si se había empeñado una finca, debe darle seguridad con respecto a su título, si se han perdido servidumbres debido a la falta de uso por parte del acreedor.
7-8 (13.4)	7. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXVIII. En casos de buena fe, incluso si se acordó en el contrato que algo debía entregarse en un lugar específico, se puede interponer una acción de compra, venta o depósito, pero no se admitirá una acción arbitraria. (1) Sin embargo, si una de las partes estipuló que entregaría la propiedad en un lugar determinado, esta acción debe emplearse. 8. Africanus, Cuestiones, Libro III. Habiendo estipulado que se te pagaran cien aureos en Capua, recibiste un fiador; los procedimientos para recuperar el dinero deben iniciarse contra el fiador de la misma manera que contra el promitente mismo; es decir, si se presenta una acción en cualquier otro lugar que no sea Capua, debería ser una acción arbitraria y los daños deben evaluarse en una cantidad igual al interés que tanto el demandante como el demandado tendrían en que la suma de dinero se pagara en Capua en lugar de en otro lugar.
68.1 (18.1)	68. Proculus, Epístolas, Libro VI. Si, al vender un terreno, estableces en el contrato que cualquier renta que cobres del arrendatario pertenecerá al comprador; considero que no sólo debes **demostrar buena fe**, **sino también ejercer diligencia en la recolección de dicha renta**; es decir, no sólo debes evitar cualquier intención fraudulenta, **sino también toda negligencia**. (1) Algunas personas suelen agregar estas palabras:

	"El vendedor **actúa sin intención fraudulenta**", e incluso si esto no se añade, no debe existir intención fraudulenta.
2-3 (18.6)	2. Gayo, Acontecimientos Diarios, Libro II. También es cierto lo siguiente: si el vendedor necesita los recipientes para la nueva cosecha, y es un comerciante que tiene la costumbre de comprar y vender vino, se debe tener en cuenta el momento en que el vino pueda ser convenientemente retirado de la posesión del vendedor. (1) Además, veamos de qué manera el vendedor debe cuidar del vino antes de que llegue el momento señalado para medirlo; ¿debe ejercer una **diligencia exacta u ordinaria**, o solo es responsable de fraude? Creo que el **vendedor debe ejercer simplemente una diligencia ordinaria** y está exento de responsabilidad en caso de accidente inevitable o exhibición de fuerza superior. **3.** Pablo, Sobre Sabino, Libro V. **El vendedor debe ejercer el mismo cuidado que debe hacer cuando se prestan artículos para su uso; es decir, debe ejercer una diligencia más exacta que la que tendría con respecto a su propia propiedad.**
52.4 (17.2)	Ulpianus, On the Edict, Book XXXI. (4) Dos personas formaron una sociedad en el negocio de fabricación de capas para soldados. Uno de ellos, habiendo emprendido un viaje con el propósito de comprar materiales, cayó en manos de ladrones, le robaron su dinero, sus esclavos resultaron heridos y perdió su propiedad privada. Julianus dice que la pérdida debe ser soportada en común, y por lo tanto, el socio tendrá derecho a una acción en la sociedad por la mitad de la pérdida no solo del dinero, sino también de los otros bienes que el socio no llevó consigo, a menos que haya realizado el viaje con el propósito de comprar mercancías en beneficio de la sociedad. Julianus sostiene correctamente que si se incurrieron gastos médicos, el otro socio es responsable de su parte. Por lo tanto, si se pierde propiedad en un naufragio y se involucraron mercancías que no es habitual transportar en barco, **ambas partes deben soportar la pérdida; tanto ella como las ganancias deben dividirse en común cuando no ocurre por negligencia de un socio**.
52.11(17.2)	Ulpianus, On the Edict, Book XXXI (11) Cuando las personas forman una sociedad con el fin de comprar algo, y posteriormente la propiedad no se adquiere debido al fraude o **negligencia** de uno de ellos, está establecido que procede una acción en sociedad. Es evidente que si se añade esta condición, a saber, "si la propiedad se vende dentro de un tiempo determinado", y el plazo vence sin que **el socio sea culpable de negligencia**, no se puede entablar la acción en sociedad.
10-12 (17.1)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXXI (10) También dice que si un apoderado incurre en algún gasto por placer, fuera de su mandato, su principal debería permitirle retirar el objeto por el cual se

	realizó el gasto, si esto se puede hacer sin perjuicio para él, a menos que el principal desee que se le haga responsable de dicho gasto. (11) Los fiadores y mandatarios tienen derecho a una acción de mandato, incluso si han realizado el pago sin el inicio de un procedimiento judicial. (12) Julianus dice que, en general, si un fiador **ha omitido presentar una excepción que era personal y de la cual el deudor principal no podía valerse**, aún tendrá derecho a una acción de mandato; si, de hecho, la excepción no se podría haber empleado honorablemente. Si lo hizo a sabiendas en un caso en el que **el deudor principal pudo haber utilizado el procedimiento**, no tendrá derecho a una acción de mandato, siempre que tuviera el poder de resolver el asunto y de preguntar a la parte si prefería asumir la defensa del caso en su propio nombre o mediante un apoderado.
72-parr (17.2)	72. Gaius, Diurnal, or Golden Matters, Book II. **Un socio es responsable ante otro por motivo de negligencia, es decir, por no actuar y por falta de diligencia**. Sin embargo, en este caso, la negligencia no se entiende como la falta de **la diligencia más exacta**, ya que es suficiente que emplee la misma diligencia en los asuntos de la sociedad como suele hacer en los suyos propios; porque cuando alguien elige a un socio que muestra muy poca diligencia, solo tiene él mismo la culpa.
32-parr (16.3)	32. Celsus, Digest, Libro XI. Aunque la afirmación de Nerva de que **la negligencia grave es fraudulenta** no es aceptada por Proculus, a mí me parece perfectamente cierta. Incluso si alguien no es **tan diligente como lo exige la naturaleza humana**, aún así no estará exento de fraude si no muestra la misma solicitud con respecto a un depósito que es habitual en él; **porque la buena fe no se mantendrá si muestra menos diligencia con respecto a dicho depósito que la que muestra con respecto a su propia propiedad**.
6-parr (50.8)	6. Ulpianus, Sobre el Edicto del Pretor, Libro I. Los magistrados de una ciudad **no sólo son responsables por fraude, sino también por negligencia grave; y esto es especialmente cierto cuando se requiere diligencia.**
9.4 (50.8)	Papirius Justus, Sobre las Constituciones, Libro II. (4) También afirmaron en un Rescripto **que si los funcionarios públicos fueron negligentes en la venta de propiedades**, serían responsables de daños simples**, pero si hubieran cometido fraude, serían responsables de daños dobles**; y que ninguna pena pasaría a sus herederos.
57-58 (50.15)	57. Paulus, Sobre el Edicto, Libro LIX A aquellos se les llama administradores que tienen una supervisión particular de los asuntos **y se les exige más que a otros manifestar diligencia y solicitud con respecto al negocio del cual están a cargo**. Y, de hecho, el término "magistrado" se deriva de maestro, e incluso los instructores en cualquier tipo de aprendizaje se llaman así debido a que amonestan o explican. Se considera que cualquier persona que haya recibido seguridad aún conserva el derecho de recuperación.

	58. Gaius, Sobre el Edicto Provincial, Libro XXIV. Aunque parece haber alguna distinción sutil entre la transacción y la conducción de negocios, esto es incorrecto, ya que no existe tal distinción.
132-parr (50.17)	132. Gaius, Sobre el Edicto Provincial, Libro VII. **La ignorancia se clasifica como negligencia**.
10-1 (14.2)	10.- Labeo, Epítomes de las Probabilidades de Paulus, Libro I 1) Si alquilaste un barco bajo la condición de que tu mercancía fuera transportada por él, **y el capitán del barco, sin estar compelido por necesidad, colocó tu propiedad en un barco inferior**, **sabiendo que no deseabas que esto se hiciera; y tu mercancía se perdió, junto con el barco en el que fue transportada por última vez, tendrás derecho a una acción por el contrato de alquiler contra el capitán del primer barco**. Sin embargo, Paulus sostiene que esto no es cierto si ambos barcos se perdieron durante el viaje, **ya que ocurrió sin malicia o negligencia por parte de los marineros**. La regla es la misma si el primer capitán, debido a una detención por parte de la autoridad pública, no pudo zarpar con tu mercancía. Esta regla también se aplica si él hizo un contrato contigo bajo la condición de pagar una multa si no entregaba tus bienes en un lugar acordado, y no fue culpable si no esperó; incluso si la multa le fue perdonada. Debemos observar la misma regla en un caso imaginario similar, donde se demuestra que el capitán, debido a una enfermedad, no pudo zarpar y su barco se volvió inapto para la navegación **sin ninguna intención maliciosa o negligencia por su part**e.
10.1 (14.2)	10. Labeo, Epítomes de las Probabilidades de Paulus, Libro I. (1) Si has contratado un barco con la condición de que tu mercancía sea transportada por él, y el capitán del barco, sin estar compelido por necesidad, coloca tu propiedad en un barco inferior, sabiendo que no deseabas que esto se hiciera; y tu mercancía se pierde, junto con el barco en el que fue transportada por última vez, tendrás derecho a una acción en virtud del contrato de arrendamiento contra el capitán del primer barco. Sin embargo, Paulus dice que esto no es cierto, siempre y cuando ambos barcos se hayan perdido en el viaje, **ya que ocurrió sin la malicia o negligencia de los marineros**. La regla es la misma si el primer capitán, habiendo sido detenido por autoridad pública, fue impedido de navegar con tu mercancía. Esta regla también es aplicable si él contrató contigo bajo la condición de que te pagaría una cierta penalidad si no desembarcaba tus bienes en un lugar acordado, y no tuvo la culpa si no esperó; incluso si la penalidad fue remitida. Debemos observar la misma regla en un caso imaginario similar, donde se demuestra que el capitán, habiendo sido impedido por enfermedad, fue incapaz de navegar si su barco se volvió inadecuado para la navegación **sin ninguna intención maliciosa o negligencia por su parte.**
7-parr (2.13)	7. Paulus, Sobre el Edicto, Libro III. Por ejemplo, cuando muestra que las cuentas presentadas inicialmente se encuentran en algún lugar distante, o que no están completas, o que las ha perdido debido a un accidente inevitable **y no por negligencia**. Si las perdió

	por un accidente de este tipo por el cual debe ser excusado, se le ordenará presentarlas nuevamente.
8-parr (2.13)	8. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro IV. Cuando se exige que un banquero presente sus cuentas y, influenciado por la malicia, no lo hace, se le castiga**; pero sólo será responsable por negligencia cuando ésta se asemeje estrechamente a la malicia**. Se considera que actúa con **malicia** al presentar sus cuentas aquél que lo hace con intención fraudulenta **o que las presenta de forma incompleta**.
25.7 (19.2)	25. Gaius, Sobre el Edicto Provincial, Libro X. (7) Cuando alguien se encarga del transporte de una columna, y ésta se rompe al levantarla, durante su transporte, o al descargarla, será responsable por los daños si esto ocurrió por su culpa o la de alguno de los obreros que emplea. **Sin embargo, no se le podrá atribuir la culpa si se tomaron todas las precauciones que una persona muy diligente y cuidadosa debería tomar**. Por supuesto, entendemos que la misma regla se aplica cuando alguien se compromete a transportar barriles, madera u otras cosas que deben ser llevadas de un lugar a otro
2-6 (22.6)	2. Neratius, Papiros, Libro V. El error de derecho no siempre debe considerarse equivalente a la ignorancia de los hechos, ya que la ley puede y debe estar claramente establecida, pero la interpretación de los hechos a menudo engaña incluso a los hombres más sabios. 3. Pomponius, Sobre Sabinus, Libro III. Hay una gran diferencia entre si alguien no está informado sobre el caso y las acciones de otra persona, o si ignora la ley que le concierne a sí mismo. (1) Cassius afirma que Sabinus sostiene que en este caso la ignorancia no se refiere a una persona de carácter abandonado, ni a aquel que, **por negligencia**, se considera seguro. 4. El Mismo, Sobre Sabinus, Libro XIII. Se niega que la ignorancia de la ley sea ventajosa en la usucapión, pero se establece que la ignorancia de los hechos sí es beneficiosa. 5. Terentius Clemens, Sobre la Ley Julia et Papia, Libro II. Parece ser muy injusto que el conocimiento perjudique a otro en lugar de beneficiar a su poseedor, o que la ignorancia de una persona beneficie a otra. 6. Ulpianus, Sobre la Ley Julia et Papia, Libro XVIII.

	No se debe tolerar la ignorancia grosera de los hechos, ni se debe exigir una indagación escrupulosa, sino que se debe requerir un conocimiento tal **que no se exhiba una negligencia excesiva**, **una indiferencia demasiado grande** ni la inquisitividad que caracteriza a los denunciantes.
9.2 (22.6)	9. Paulus, Sobre la Ignorancia de la Ley y **los Hechos**. (2) La ignorancia de los hechos, sin embargo, no perjudica a nadie **a menos que sea culpable de negligencia grave; por ejemplo, ¿qué pasa si todos en el pueblo saben lo que solo él no sabe?** Labeo dice muy acertadamente que no se debe entender como conocimiento ni el del hombre más inquisitivo ni el del más negligente, **sino el de aquél que puede obtenerlo mediante una investigación diligente**.
7.1 (1.16)	7. Ulpianus, Sobre los Deberes del Proconsul, Libro I. (1) El proconsul debe visitar los templos y monumentos públicos con el propósito de inspeccionarlos y verificar si se encuentran en buen estado y se les brinda el debido cuidado, o si necesitan alguna reparación, y proporcionar los recursos necesarios para completar aquellos proyectos que se han iniciado, en la medida en que lo permitan los recursos del gobierno. **Además, debe designar con las formalidades adecuadas a supervisores diligentes en su trabajo**, y también asignar soldados para asistir a los supervisores, en caso de que sea necesario.
13-14 (1.18)	13. Ulpianus, Sobre el Cargo de Proconsul, Libro VII. Es apropiado para todo gobernador bueno y digno velar por la paz y tranquilidad de la provincia que preside. Esto se logrará sin dificultad **si se esfuerza por expulsar a los malhechores y los busca diligentemente**, ya que debe aprehender a todas las personas sacrílegas, ladrones, secuestradores y ladrones, y castigar a cada uno en proporción a su delito; también debe restringir a aquellos que los albergan, ya que sin su ayuda un ladrón no puede permanecer oculto por mucho tiempo. 14. Macer, Sobre los Juicios Penales, Libro II. El Divino Marco y Cómodo dirigieron un Rescripto a Scapulas Tertullus en los siguientes términos: "Si se ha comprobado de manera fehaciente que Aelius Perseus está tan demente que, debido a su constante alienación mental, carece de todo entendimiento, y no existe ninguna sospecha de que fingiera la demencia cuando mató a su madre, puedes ignorar la forma de su castigo, ya que ya ha sido suficientemente castigado por su demencia; sin embargo, debe ser sometido a un cuidadoso control y, si lo consideras apropiado, incluso ser puesto en cadenas; esto se refiere no tanto a su castigo como a su propia protección y la seguridad de sus vecinos. **Sin embargo, como suele suceder, si tiene intervalos de mayor lucidez mental, debes investigar diligentemente si no cometió el delito durante alguno de estos períodos, para que su aflicción no reciba indulgencia;** y si descubres que este es el caso, notificanoslo para que podamos determinar si debe ser castigado en proporción a la gravedad de su delito, si lo cometió en un momento en el que parecía saber lo que hacía. "Pero, cuando nos informas en tu carta que su situación, en cuanto a lugar y tratamiento, es que sigue bajo el cuidado de sus amigos o bajo custodia en su propia casa; nos parece que actuarás correctamente si convocas a aquellos que tuvieron a su cargo en ese momento

	y investigas la causa de tal negligencia **y decides el caso de cada uno de ellos, en la medida en que descubras algo que tienda a excusar o aumentar su negligencia**; ya que se designan cuidadores para las personas dementes, no solo para evitar que se hagan daño a sí mismas, sino para que no sean una fuente de destrucción para los demás; y donde esto ocurra, es apropiado que se responsabilice a aquellos que sean **culpables de negligencia en el cumplimiento de sus deberes**.
1.1 (1.19)	1. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XVI. (1) Si el Intendente Imperial dispone de alguna propiedad que pertenece al Emperador como propia, no creo que se transfiera la propiedad de la misma; ya que sólo realiza una transferencia legal mientras está llevando a cabo los asuntos del Emperador y la entrega con su consentimiento; porque si realiza algún acto con el propósito de realizar una venta, una donación o un acuerdo, será nulo; ya que no tiene autoridad para enajenar la propiedad del Emperador, **sino sólo para administrarla diligentemente**.
6.11(3.5)	(12) Examínese el caso en el que un hombre, mientras realiza negocios en nombre de otro, atiende a algunos asuntos y descuida otros, y otra parte que lo nota, no se hace cargo de lo que se descuidó, **mientras que un hombre diligente -porque esto es lo que requerimos- habría atendido a todas estas cosas**; ¿se debe considerar que debería ser considerado responsable en un juicio basado en los negocios realizados, incluyendo aquellas cosas que descuidó? Creo que esta es la mejor opinión, porque realmente si hubiera algo por lo que sin duda fuera responsable, **se le debería exigir dar cuenta de ello**; incluso si no se le puede culpar por no haber entablado demanda contra los otros deudores, ya que no tenía el poder para hacerlo, ya que no estaba autorizado para iniciar ningún procedimiento legal, aún así, **se le considerará responsable de no haber pagado su propia deuda**; y si la deuda no devengaba intereses, de inmediato se vuelve exigible; como lo estableció el Divino Pío en una Rescripto a Flavio Longino, a menos que, como él dice, lo haya eximido del pago de intereses.
31-parr (9.2)	31. En Sabinus, Libro X. Cuando un podador de árboles deja caer una rama, o un hombre trabajando en una elevación mata a un transeúnte, sólo será responsable si dejó caer el objeto en un lugar público y no dio advertencia para evitar el accidente. Sin embargo, Mucio afirma que incluso si esto ocurriera en propiedad privada, se podría presentar una **acción por negligencia**, porque es **negligencia cuando no se tomó la precaución de tomar las medidas que hubiera tomado un hombre diligente**, o cuando se dio advertencia sólo cuando el peligro no se pudo evitar. Bajo este principio, no importa mucho si la persona lesionada estaba cruzando terreno público o privado, ya que con frecuencia sucede que muchas personas atraviesan terrenos privados. Si no hay una vía allí, la parte sólo será responsable **por mala intención si deja caer algo sobre alguien que está pasando; porque no se le puede responsabilizar por negligencia, ya que no podría conjeturar si alguien pasará por ese lugar o no.**

1-5 (13.6)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXVIII. Cuando se establece un acuerdo para devolver el artículo prestado en un lugar o tiempo determinado, es deber del juez tomar en consideración el lugar o tiempo mencionado. (1) Si alguien presenta esta acción y acepta una estimación de los daños que se ofrece, convierte el artículo prestado en propiedad de la parte que ofrece el dinero. (2) Ahora debemos examinar qué se debe tomar en consideración en una acción por préstamo de uso, ya sea fraude, **negligencia** o cualquier tipo de riesgo. **En los contratos, a veces somos culpables de fraude y a veces de negligencia**. Fraude en el caso de un depósito, porque como la parte con la que se deposita la propiedad no obtendrá ningún beneficio, es razonable considerar sólo el fraude, a menos que se haga una compensación, porque entonces (como se ha promulgado), se incluye la negligencia. O cuando se acordó desde el principio que la parte con la que se depositó el artículo sería responsable tanto de la negligencia como del accidente. Sin embargo, donde el beneficio de ambas partes estaba involucrado en un caso de venta, alquiler, dote, prenda o sociedad, la responsabilidad recae tanto en el fraude como en la **negligencia**. Con respecto a un préstamo, la ventaja completa que se obtiene generalmente es la de la parte a la cual se le presta la propiedad; y por lo tanto, la opinión de Quintus Mucius, quien pensó que la parte debe ser responsable de la **negligencia** y también debe usar **diligencia**, es la más correcta. (3) Y si la propiedad hubiera sido tasada antes de ser entregada, todo el riesgo debe ser asumido por aquel que aceptó ser responsable por la cantidad de la tasación. (4) Pero cuando ocurre una deterioración, ya sea debido a la vejez o enfermedad, o cuando la propiedad es robada por ladrones o algo similar sucede; se debe decir que no se debe culpar a la parte que recibió el préstamo por ninguna de estas cosas, **a menos que haya ocurrido alguna negligencia por su parte**. Por lo tanto, si se produce algún daño debido a un incendio o caída de un edificio, o si ocurre alguna pérdida inevitable, la parte no será responsable; a menos que, cuando podría haber salvado la propiedad prestada, haya preferido salvar la suya propia. (5) No hay duda de que debe **usar cuidado diligente** con respecto a la propiedad prestada.
22.4 (13.6)	Ulpiano, sobre el Edicto, Libro XXX. (4) Si un acreedor, al vender la propiedad empeñada, prometió el doble de los daños (pues esto es habitual, y al ser demandado en un caso de desalojo se dictó sentencia en su contra), ¿tendría derecho a una acción en contra del empeño? Se puede decir que tendría ese derecho, siempre **y cuando haya realizado la venta sin fraude ni negligencia, y haya llevado a cabo el negocio como lo haría un cabeza de familia diligente**. Sin embargo, si una venta de este tipo no fue en absoluto provechosa, y la parte la vendió por tanto como podría haber obtenido incluso si no hubiera hecho la promesa, no puede recurrir a esta acción.
9.2 (15.1)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXIX

	(2) Sin embargo, el peculio debe ser calculado después de haber deducido lo que se debe al amo, ya que se presume que el amo ha sido más diligente y ha procedido contra su esclavo.
9.4 (15.1)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXIX. (4) Además, también se deducirá lo que se debe a aquellas personas que están bajo la tutela o cuidado del amo o padre, o cuyos asuntos él está atendiendo, siempre y cuando esté libre de fraude; ya que si destruye o disminuye el peculio mediante actos fraudulentos, será responsable; **porque si siempre se presume que el amo es más diligente y presenta demandas**, ¿por qué no se puede decir también que ha actuado en su contra en este caso, en el cual sería responsable ya sea por la tutela, por los negocios transaccionados o en una acción equitativa? Porque, como dice muy acertadamente Pedio, la cantidad del peculio se reduce por lo que se debe al amo o padre, porque no es probable que el amo consienta en que el esclavo tenga en su peculio lo que se le debe. Y, de hecho, ya que en otros casos decimos que alguien que está atendiendo los negocios de otro o que está administrando una tutela, ha recuperado dinero de sí mismo, ¿por qué no debería también haber recuperado en este caso de peculio lo que debería haber hecho? Por lo tanto, esta opinión puede ser defendida, tal como si él se hubiera pagado a sí mismo, cuando alguien intenta entablar una acción sobre el peculio.
21-parr (15.1)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXIX. El pretor también ha establecido, por las mejores razones, que se cargue al peculio todo lo que el amo haya hecho con intención maliciosa y que haya causado la disminución del peculio. Sin embargo, debemos entender por intención maliciosa aquellos casos en los que el amo le ha privado del peculio, así como aquellos en los que le ha permitido involucrar los asuntos del peculio en perjuicio de los acreedores. Mela afirma que esto constituye un acto realizado con intención maliciosa. Además, **si alguien sospecha que otra persona va a entablar una acción legal contra él y transferir el peculio a otra persona, no se le puede eximir de fraude.** Sin embargo, si paga la deuda a un tercero, no tengo dudas de que no será responsable, ya que está pagando a un acreedor **y es lícito que un acreedor sea diligente en recuperar lo que le pertenece.**
52-parr (15.1)	Paulus, Preguntas, Libro IV. Se plantea una pregunta con respecto a un hecho real, a saber: si se declara que un individuo que estaba administrando una tutela en calidad de hombre libre es en realidad un esclavo, ¿se debe deducir lo que se debe al amo del peculio si el pupilo presenta una demanda contra el amo cuyo reclamo ha sido establecido por rescripto como preferente a los demás acreedores del esclavo? Y si crees que se puede deducir, ¿hace alguna diferencia si se hizo deudor del amo mientras todavía gozaba de su libertad o después? Y, ¿se puede presentar una acción sobre el peculio a favor de un menor que no ha alcanzado la pubertad? Respondí que ningún reclamo privilegiado puede tener preferencia sobre el del padre o amo, si se les demanda por el peculio en relación con el

	hijo o el esclavo. Es evidente que en el caso de otros acreedores se deben tener en cuenta los reclamos privilegiados. ¿Qué sucede si un hijo ha recibido una dote o ha administrado una tutela? Esto se ha establecido de manera muy adecuada en un rescripto, en relación con un esclavo que actuaba como tutor, y **debido a que generalmente la posición del acreedor más diligente es mejor que la de los demás**, en lo que a ellos respecta, la acción se extinguirá. Claramente, si ha prestado dinero de los bienes del pupilo o ha depositado dinero en un cofre, se le otorgará una acción para recuperarlo, así como una acción equitativa contra el deudor; es decir, si han agotado el dinero, ya que no tenía poder para enajenarlo. Esto también debe aplicarse en el caso de cualquier tutor. Tampoco creo que haga alguna diferencia si, cuando se hizo deudor del amo, estaba en posesión de su libertad, o si esto ocurrió posteriormente; porque si le hago un préstamo al esclavo de Tito y luego me convierto en su amo, puedo deducir lo que le he prestado anteriormente si se me demanda por el peculio. ¿Qué curso de acción se debe seguir entonces? Dado que no se pueden iniciar acciones sobre el peculio, se debe otorgar una acción equitativa basada en la tutela contra el amo, de modo que lo que esta parte tenía como su propio patrimonio se entienda como su peculio.
4-parr (15.3)	Gaius, Sobre el Edicto Provincial, Libro IX. Pero se debe decir que **la posición de la parte más diligente debería ser la mejor**, ya que es injusto que se dicte sentencia en contra del amo en favor de ambos por el uso de los bienes en su beneficio.
17-parr (16.1)	Africanus, Preguntas, Libro IV. En el caso de un esposo que desea hacerle un regalo a su esposa, vendió su propiedad a un precio muy bajo y la sustituyó por ese precio a uno de sus acreedores. La respuesta fue que la venta no tenía fuerza ni efecto, y si el acreedor demandara a la mujer por el dinero, una excepción estaría disponible, incluso si el acreedor creía que la mujer era deudora de su esposo. Esto no parece ser contrario al principio establecido, según el cual si una mujer ha pedido dinero prestado con el propósito de prestárselo a su esposo, no se puede interponer una excepción si el acreedor desconocía con qué intención lo había pedido prestado; ya que, de hecho, **hace una gran diferencia si alguien contrata con una mujer en primer lugar, o transfiere la obligación de otro a ella**, **ya que entonces el acreedor debería ser más diligente**.
8-parr (16.2)	Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro IX. También se incluye en una compensación aquello por lo cual se ha presentado una demanda contra el demandante, **con el fin de evitar que la condición de la parte más diligente empeore si se le niega la compensación**.
32-parr (16.3)	Celsus, Digesto, Libro XI. Aunque la afirmación de Nerva de que **la negligencia grave es fraudulenta** no es aceptada por Proculus, me parece perfectamente cierta. Porque, **incluso si alguien no es tan diligente como lo requiere la naturaleza humana, aún así no estará libre de fraude si no muestra la preocupación debida con**

	respecto a un depósito, que es lo habitual en él; **porque no se mantendrá la buena fe si muestra menos diligencia** con respecto a dicho depósito que la que muestra con respecto a su propia propiedad.
5-parr (17.1)	5. Paulus, On the Edict, Book XXXII. Por lo tanto, los límites del mandato deben ser observados **diligentemente**, ya que se considera que aquel que los excede ha hecho algo diferente a lo que se le ordenó hacer. (1) Y si no ejecuta lo que se comprometió a hacer, será responsable.
11-parr (17.6)	11. Alfenus Verus, Digest, Book II. Cuando una casa que ha sido vendida se quema, dado que un incendio no puede ocurrir sin que alguien sea responsable, ¿cuál es la ley? La respuesta es que, debido a que un incendio puede ocurrir sin culpa del cabeza de familia, si no fue causado por negligencia de sus esclavos, el dueño no necesariamente será culpable. Por lo tanto, **si el vendedor ejerce la misma diligencia en el cuidado de la casa como lo hacen los hombres cuidadosos y diligentes, y ocurre algún accidente, él no será responsable.**
54-parr (19.1)	54. Labeo, Probabilidades, Libro II. Cuando un esclavo que has vendido se rompe una pierna al hacer algo por tu orden, el riesgo no es tuyo si le has indicado que realice una tarea que estaba acostumbrado a hacer antes de la venta, y si le has ordenado hacer algo que le hubieras ordenado hacer incluso si no hubiera sido vendido. **Pablo dice que esta opinión no es en absoluto correcta; porque si el esclavo estaba acostumbrado a realizar alguna tarea peligrosa antes de la venta, se considerará que tú eres el responsable de ello**; por ejemplo, si estabas acostumbrado a obligar a tu esclavo a bajar a un sótano o a un alcantarillado. **La misma regla de derecho se aplica si estabas acostumbrado a ordenarle que haga algo que un cabeza de familia sabio y diligente no ordenaría a su esclavo hacer.** ¿Qué sucede si esto se convierte en una excepción? Sin embargo, puede dirigir al esclavo a realizar alguna tarea nueva que no le hubieras ordenado hacer si no hubiera sido vendido; por ejemplo, si le ordenas que vaya a la casa del comprador, que vive en un lugar distante, ciertamente esto no estaría bajo tu riesgo. **Por lo tanto, todo el asunto se refiere únicamente al fraude y la negligencia del vendedor**.
25.7 (19.2)	(7) Si alguien se encarga del transporte de una columna y esta se rompe al levantarla, mientras se lleva o al descargarla, será responsable por los daños **si esto sucedió por su culpa o por la de cualquier trabajador a su cargo**. **Sin embargo, no será culpable si se tomaron todas las precauciones que un hombre muy diligente y cuidadoso debería tomar**. Por supuesto, entendemos que la misma regla se aplica cuando alguien acuerda transportar barriles o madera, así como otras cosas que deben ser llevadas de un lugar a otro.

25-parr (22.3)	25. Paulus, Questions, Book III. Cuando surge una cuestión con respecto a dinero que no es debido, ¿quién debe probar esto? El asunto debe ser ajustado de manera que si aquel a quien se dice que recibió la propiedad niega que el dinero no sea debido, y aquel que lo pagó prueba su pago mediante pruebas competentes, entonces aquel que niega absolutamente que recibió el dinero, si desea ser escuchado, debe ser compelido a presentar pruebas de que el dinero le era legalmente debido; sería absurdo si aquel que, al principio, negó haber recibido el dinero y después se demostró que lo recibió, exigiera pruebas a su adversario de que no le era debido. Sin embargo, **si en primer lugar, el demandante reconoce que ha recibido el dinero, pero afirma que le era debido, la presunción indudablemente estará a favor de la parte que lo recibió, ya que quien paga nunca es tan negligente como para desperdiciar su dinero sin dudarlo y pagarlo cuando no es debido**; y esto es especialmente cierto cuando la parte que alega haber pagado lo que no era debido es el **cabeza de familia diligente y cuidadoso**, ya que es increíble que una persona de este tipo sea engañada tan fácilmente. Por lo tanto, **aquél que alega haber pagado dinero que no era debido deberá presentar pruebas de que dicho dinero fue pagado debido al fraude de la parte que lo recibió** o debido a alguna causa justa de ignorancia, y a menos que demuestre esto, no tendrá derecho a recuperarlo.
9.2 (22.6)	9. Paulus, Sobre la ignorancia de la ley y los hechos. (2) Sin embargo, la ignorancia de los hechos no perjudica **a nadie a menos que sea culpable de negligencia grave**; por ejemplo, ¿qué sucede si todos en el pueblo saben lo que solo él desconoce? Labeo afirma con razón que no se debe entender por conocimiento **ni el del hombre más inquisitivo ni el del más negligente, sino el de aquel que puede obtenerlo mediante una investigación diligente.**
8-parr (26.10)	8. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro LXI. Consideramos sospechoso a un tutor cuyo comportamiento sea tal que lo convierta en objeto de **desconfianza**; pues un tutor, aunque sea pobre, no debe ser removido por sospecha **si es confiable y diligente**.
3.7 (26.4)	3. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXXVI. (7) Es suficiente que el tutor haya administrado **adecuada y diligentemente los asuntos de su encomienda**, aunque sus transacciones hayan tenido un resultado desfavorable.
94-parr (32.1)	94. Valens, Fideicomisos, Libro II. Un hombre que dejó varios libertos legó un terreno a tres de ellos y les pidió que se aseguraran de que su nombre no fuera cambiado. Surgió la pregunta de si, cuando el primero de los tres muriera, estaría obligado a dejar su parte a ambos colegatarios que se unieron a él en el legado, o sólo a uno de ellos; o si podría dejarlo a otro que fuera su compañero libertos. Se decidió que, aunque esto era una cuestión de intención, aun así, los deseos del testador se cumplirían suficientemente si el legatario dejara el terreno a otro de sus

	compañeros libertos. Sin embargo, si no se lo diera a ninguno, **podría surgir la duda de si el reclamo para la ejecución del fideicomiso correspondería al libertos más diligente o a todos ellos**, o si solo correspondería a aquellos a quienes se les legó conjuntamente. Julianus sostuvo acertadamente que el reclamo pertenecía a todos los libertos.
111.parr (35.5)	Pomponius, Epístolas, Libro XI: Un esclavo que se ordena liberar bajo la condición de rendir cuentas debe demostrar que ha sido honesto en todos los negocios que ha realizado, que no ha desviado nada de lo que recibió y que no ha incluido en sus cuentas ningún gasto que no haya incurrido. También debe entregar cualquier saldo que muestren sus cuentas que quede en sus manos, ya que no puede obtener la libertad a menos que de esta manera cumpla con la condición bajo la cual se le concedió la libertad. **Sin embargo, no estará obligado a demostrar que la solvencia de los deudores con quienes realizó contratos existía en el momento de la muerte de su amo, sino que cuando les prestó dinero, su crédito era tal que habría inducido al diligente jefe de familia a confiar en ellos**.
2.5 (35.15)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XLIX. (5) Pomponio sostiene que el conocimiento necesario no es el exigido a personas expertas en leyes, sino el que cualquiera puede adquirir, ya sea por sí mismo o a través de otros; es decir, tomando el consejo de personas versadas en leyes, **como debería hacerlo el diligente jefe de familia**.
44.1 (39.2)	44. Africanus, Questions, Book IX. (1) Al haber obtenido la posesión de una propiedad debido a una amenaza de daño, adquirí la propiedad de la misma a través de la posesión conforme al segundo decreto del Pretor. Posteriormente, un acreedor deseó hacer valer su reclamo sobre la casa que le fue hipotecada. Se sostuvo, y no sin razón, que si yo había incurrido en gastos para reparar la casa y el acreedor no estaba dispuesto a reembolsarme, no se le permitiría entablar una demanda en mi contra. ¿Por qué entonces no se concedería este mismo derecho a un comprador si éste hubiera adquirido una casa que estaba hipotecada? **Estos dos casos no pueden ser justamente comparados entre sí, ya que aquél que compró la casa entró en la transacción de manera voluntaria, y por lo tanto, pudo y debería haber sido más diligente y haber obligado al vendedor a proporcionarle garantías**; pero esto no puede decirse de aquél que no brindó indemnización por la amenaza de daño.
3.13 (41.2)	3. Paulus, On the Edict, Book LXX. (13) Nerva, el hijo, opina que podemos poseer bienes muebles, con excepción de los esclavos, mientras permanezcan bajo nuestro cuidado; es decir, mientras podamos obtener su posesión física si así lo deseáramos. Por ejemplo, si un rebaño se extravía o un jarrón cae de tal manera que no puede ser encontrado, inmediatamente deja de estar en nuestra posesión, aunque nadie más pueda obtener posesión de él. Pero el caso es diferente cuando algo que está bajo mi custodia no puede ser encontrado, ya que aún permanece en las cercanías y **una búsqueda diligente podría descubrirlo.**

19.1 (41.1)	19. Paulus, On Plautius, Book VI. **Cuando varias personas tienen derecho a reclamar una suma de dinero por la misma razón, la posición del más diligente es preferible**; y no se realiza ninguna deducción de lo que se debe a personas de igual rango, como ocurre en una acción de peculio; porque, en este caso, la posición del que procede primero es la más ventajosa. Sin embargo, la deuda no debe ser deducida cuando se presenta una demanda contra un padre o un patrono, especialmente cuando la deuda es debida a personas de la misma condición, como otros hijos u otros libertos. (1) Él, también, contra quien se interpone una acción debido a una donación, sólo puede tener un fallo en su contra por la cantidad que sea capaz de pagar; y, de hecho, él es el único con respecto al cual la deuda debe ser deducida. **En lo que respecta a aquéllos a quienes se les debe dinero por la misma razón, la posición del más diligente es preferible**. Y, de hecho, no creo que se deba extorsionar todo lo que tiene, sino que se debe tener cuidado de no reducirlo a la pobreza.
6.2 (41.5)	6. Paulus, Sobre el Edicto, Libro LVIII. (2) Pero ¿qué sucede si, después de haber pagado a algunos de sus acreedores, su propiedad es vendida por otros? **Si se pregunta si puede haber alguna recuperación, Juliano dice que, si se muestra una causa adecuada, el asunto debe decidirse de tal manera que los derechos de un acreedor diligente no se vean perjudicados por la negligencia o codicia de otro**. Pero si ambos acreedores reclaman el pago al mismo tiempo y el tutor sólo te paga a ti, es justo que yo obtenga la misma cantidad o que tú contribuyas de lo que has recibido. Esto es lo que dice Juliano. Sin embargo, es evidente que se refiere al caso de un pupilo, donde el pago se hizo con bienes del patrimonio del padre. ¿Qué curso de acción se debe seguir entonces si el pupilo ha obtenido el dinero para el pago de alguna otra fuente? ¿Debería devolverlo o no? ¿Y debería ser reembolsado por el acreedor o tomado del patrimonio? Nuestro Scaevola dice que si hay algo en el patrimonio, se debe deducir por completo; así como en el caso de una persona que realiza los negocios de otro. Sin embargo, si no queda nada en el patrimonio, no sería injusto otorgar una acción de recuperación contra el acreedor por el dinero que se pagó sin ser debido.
3-parr (42.7)	(3) Papiniano, Preguntas, Libro XXVII. Un deudor se convirtió en heredero de su fiador y los acreedores de este último vendieron sus bienes. Aunque la responsabilidad del fiador se extinguiera, aún se concederá una separación de bienes a solicitud de aquél a quien el fiador estaba obligado, ya sea que fuera el único acreedor del patrimonio o que hubiera varios. **La regla de derecho que excluye la obligación del fiador por la obligación principal, que es la más importante, no debe perjudicar los derechos del acreedor que ha provisto diligentemente por su propio interés**. (1) Pero ¿qué sucede si, después de la separación de los bienes del fiador, el estipulante no puede cobrar la totalidad de su reclamo del patrimonio? ¿Puede exigir su parte junto con la de los demás acreedores del heredero, o debe conformarse con los bienes que

	prefirió que se separaran? Sin embargo, como este estipulante podría haber compartido con los acreedores del deudor cualquier saldo que quedara, si el patrimonio del fiador no hubiera sido aceptado por el acreedor del deudor principal después de la venta de los bienes del fiador, la razón no permite que sea excluido en el caso propuesto. (2) Pero en cuanto a cualquier otro acreedor que haya obtenido una separación de bienes, es más ventajoso sostener que si no puede cobrar la totalidad de su deuda del patrimonio, aún puede recuperar algo de los bienes del heredero si los acreedores personales del heredero han sido satisfechos, porque no hay duda de que debe ser admitido a compartir con los acreedores del heredero, después de que los del patrimonio hayan sido satisfechos.
24.parr (42.9)	Scaevola, Preguntas Discutidas en Público. Un menor se convirtió en heredero de su padre, pagó a uno de los acreedores y luego rechazó la herencia de su padre. Los bienes de su padre fueron vendidos. ¿Debería devolverse lo que el acreedor recibió para evitar que disfrute de una ventaja mayor que los demás acreedores? ¿O haremos una distinción si lo recibió como un favor, de modo que si fue tratado con parcialidad por los tutores, su parte se reduzca en proporción a la de los demás acreedores? **Sin embargo, si el acreedor cobró su reclamo legalmente y los demás acreedores descuidaron cobrar los suyos, y en el ínterin, los bienes se deterioraron ya sea por muerte, por el robo de bienes muebles o por la depreciación del valor de la tierra; lo que recibió el mencionado acreedor no puede ser recuperado, ya que los otros acreedores deben pagar la pena por su negligencia**. Pero ¿qué sucede si las circunstancias eran tales que los bienes de mi deudor estaban a punto de ser vendidos y él me pagó mi deuda? ¿Puede el dinero ser recuperado de mí mediante una acción legal? ¿Debería hacerse una distinción si él me ofreció el dinero y si yo lo obligué a pagarme en contra de su consentimiento? Y si lo obligué a hacer el pago involuntariamente, ¿puede ser recuperado, pero si no, se hará esto? **Pero yo he cuidado de mis intereses; he mejorado mi condición; la Ley Civil se hizo para aquellos que son diligentes en proteger sus propios derechos; y por lo tanto, lo que recibí no puede ser recuperado**.
137.2-3 (45.3)	Venuleius, Estipulaciones, Libro I. (2) Cuando estipulo de la siguiente manera: "¿Prometes pagar en Éfeso?", se implica un cierto plazo. Surge la pregunta de qué plazo se debe entender. La mejor opinión es remitir todo el asunto a un tribunal, es decir, a un árbitro, quien estimará **cuánto tiempo necesitaría el diligente jefe de familia para poder cumplir lo que había prometido hacer**; de modo que cuando alguien acuerde pagar en Éfeso, no se le obligaría a viajar a gran velocidad día y noche, y continuar su viaje sin importar el clima; ni debería viajar tan pausadamente como para ser merecedor de reproche; sino que se debería tener en cuenta la estación, así como la edad, el sexo y el estado de salud del promisor, para que actúe de manera que llegue puntualmente, es decir, **dentro del tiempo que la mayoría de las personas de su posición consumiría normalmente en hacer el viaje**. Si este tiempo ha transcurrido, incluso si permaneciera en Roma, no podría pagar el dinero en Éfeso; sin embargo, podría ser demandado adecuadamente, ya sea porque fue su propia

	culpa no hacer el pago en Éfeso, o porque podría pagarlo allí por medio de otra persona, o incluso podría pagarlo en cualquier lugar. Porque cualquier cosa que se deba en un momento determinado se puede pagar antes de ese momento, aunque no se puede exigir. Sin embargo, si, después de usar el servicio de correos o de tener un viaje por mar excepcionalmente favorable, llegara a Éfeso más pronto de lo que cualquier otra persona normalmente podría haberlo hecho, inmediatamente será responsable, porque cuando algo se determina por tiempo o por la realización de un acto, ya no hay lugar para la conjetura. (3) Además, cuando alguien promete construir una casa, no es necesario buscar trabajadores por todas partes y apresurarse para contratar el mayor número posible; ni, por otro lado, el promisor debe conformarse con uno o dos, **sino que se debe obtener un número moderado de acuerdo con la conducta de un constructor diligente, teniendo en cuenta también el tiempo y el lugar.** Asimismo, si la obra no se ha comenzado, sólo se estimará lo que se podría haber completado durante el intervalo, y si, después de transcurrido el tiempo que se habría requerido para terminar la casa, se construye posteriormente, **el contratista quedará eximido de responsabilidad**, de la misma manera que una persona quedará eximida si promete entregarse, si lo hace en cualquier momento posterior.
97-parr (46.2)	97. Scaevola, Definiciones, Libro II. Cuando un deudor paga dinero por varias reclamaciones y no indica cuál de ellas desea extinguir, se considera que aquella que involucra infamia tiene derecho a la preferencia; luego, aquella a la que se le ha impuesto una pena; en tercer lugar, una que está garantizada por la hipoteca o prenda de un bien; y después de esto, una obligación individual tendrá prioridad en lugar de una por la cual otro es responsable, como, por ejemplo, la de un fiador. **Las autoridades antiguas establecieron esta regla porque les parecía probable que un deudor diligente, si está debidamente asesorado, llevaría a cabo sus transacciones de esta manera. Donde no existan ninguna de estas condiciones, el pago deberá hacerse primero sobre la reclamación más antigua.** Si la cantidad pagada es mayor que la requerida por cualquier deuda individual, una vez satisfecha la primera obligación preferente, el excedente se considerará acreditado a la segunda, ya sea como satisfacción total o con el propósito de disminuirla en esa medida.
63.5 (47.1)	Africanus, Preguntas, Libro VIII. (5) Pero, en lo que respecta a lo que concierne a la acción de mandato, dice que duda si también se debe sostener que todos los daños deben ser reparados. Y, de hecho, este principio debe ser observado aún más que en los casos anteriores; de manera que si aquél que dio la orden de comprar a un determinado esclavo no sabía que era un ladrón, sin embargo, se le obligará a reparar todos los daños sufridos; porque será perfectamente justo que el agente alegue que no habría sufrido el daño si no hubiera recibido la orden. Esto es aún más evidente en el caso de un depósito, porque aunque de otro modo parecería equitativo que nadie sufriera más daño del que vale el propio esclavo, es mucho más equitativo que el deber cumplido por una persona hacia otra en beneficio de esta última, y no del que lo emprendió, no perjudique a este último. Y, así como en los contratos previamente mencionados de compraventa, arrendamiento y prenda, se afirmó

	que se debería castigar al que calló a sabiendas, en estos contratos, la negligencia de aquellos para cuyo beneficio se celebran, sólo debe ser perjudicial para ellos mismos. **Pues ciertamente es culpa del mandante que dirigió a la otra parte a comprar a tal o cual esclavo para sí mismo, y también es culpa del que depositó la propiedad que no fueran más diligentes en advertir sobre el carácter del esclavo que fue depositado**.
10-parr (47.9)	Ulpianus, Opiniones, Libro I. **Los gobernadores de las provincias deben ejercer una vigilancia diligente** para evitar que los pescadores muestren luces por la noche con el fin de engañar a los marineros, indicando así que se acercan a algún puerto, y de esta manera poniendo en peligro a los barcos y a quienes se encuentran a bordo, y preparándose para sí mismos un botín detestable.
6-parr (48.3)	Marcianus, Sobre Acusaciones Públicas, Libro II. El Divino Adriano, en un Rescripto dirigido a Julio Segundo, hizo la siguiente declaración: "Se ha establecido en otro Rescripto que no se dará crédito a las cartas de aquéllos que envían personas acusadas al Gobernador de una provincia, como si ya hubieran sido condenadas". Lo mismo se ha dispuesto con respecto a los Irenarcas, porque se ha comprobado que no todas las personas presentan acusaciones contra otros de buena fe. Pero existe una sección del Mandato Imperial en la cual el Divino Pío, cuando estaba al mando de la provincia de Asia, publicó en forma de Edicto que cuando los Irenarcas aprehendieran a ladrones, deberían interrogarlos sobre sus cómplices y asociados, y que deberían enviar los interrogatorios, reducidos a escrito y sellados, para su examen por parte del magistrado. Por lo tanto, aquéllos que son enviados en tales circunstancias deben ser escuchados nuevamente, aunque hayan sido enviados con cartas o presentados por los Irenarcas. Así, el Divino Pío y los demás Emperadores establecieron en Rescriptos que se deberían llevar a cabo diligencias como en una investigación preliminar, incluso con respecto a aquéllos que han sido acusados pero aún no condenados, si alguien aparece para acusarlos. **Por lo tanto, cuando se hace una acusación, se requiere que el Irenarca comparezca y presente la acusación que ha redactado por escrito, y si lo hace de manera diligente y fiel, su acción debería ser aprobada; pero si presenta su evidencia con poca habilidad, simplemente se debe hacer constar que el Irenarca ha presentado un informe insuficiente**. Sin embargo, si se determina que ha formulado las preguntas maliciosamente y no ha informado las respuestas como se dieron, se debe hacer un ejemplo de él, para que no vuelva a intentar algo similar en el futuro.
3.5 (49.9)	Callistratus, Sobre los Derechos del Tesoro, Libro III. Los Divinos Hermanos establecieron en un Rescripto que, **en las ventas en las que el Tesoro está interesado, se exige buena fe y diligencia por parte del Agente del Tesoro,** y que el precio justo debe determinarse, no a partir de ventas pasadas, sino a partir de la estimación actual del valor de la propiedad.

	Porque **el valor de la tierra se incrementa mediante la cultivación diligente, al igual que necesariamente se disminuye si se cultiva descuidadamente.**

B). Sobre la buena fe, la mala fe, el fraude y el dolo

1. Libro 1: Sobre la justicia y el derecho.

Referencia	Cita del Digesto
26-parr (1.5)	Julianus, Digest, Book LXIX. Según casi todas las disposiciones del Derecho Civil, se entiende que aquéllos que aún no han nacido ya existen; ya que las herencias les son transmitidas legalmente, y si una mujer embarazada es llevada por el enemigo, su hijo tiene el derecho de postliminium y sigue la condición de su padre o madre. **Además, si una esclava embarazada es robada, incluso después de haber dado a luz en manos de un comprador de buena fe, su hijo, al ser propiedad robada, no se adquiere por el uso**. Como resultado de esto, un esclavo manumitido también, mientras su patrono pueda tener un hijo, se considera que tiene la misma posición legal que aquellos que tienen patronos vivos.
29&30 (1.3)	29. *Paulus, Sobre la Lex Cincia* . Hacer lo que la ley prohíbe, viola la ley, y cualquiera que eluda el significado de la ley sin desobedecer sus palabras, **es culpable de fraude contra ella.** 30. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro IV* . **Se comete fraude contra la ley cuando se hace algo que la ley no quiso que se hiciera, pero no prohibió absolutamente**; y la diferencia entre el fraude contra la ley y la violación de la misma es la que existe entre el discurso y la opinión.
1.7 (1.11)	*Aurelius Arcadius Charisius, maestro de solicitudes, sobre los deberes del prefecto pretoriano.* (7) Es costumbre enviar tutores o curadores ante el Prefecto de la Ciudad, quienes, habiendo administrado sus fideicomisos con **fraude, merecen un castigo más severo que la infamia que proviene de la sospecha**; por ejemplo, cuando se pruebe que han comprado con dinero sus tutelas, o por cohecho se han esforzado en impedir que se nombre tutor idóneo para alguno; o cuando éstos, habiendo declarado el importe de los bienes de sus pupilos; lo disminuyó deliberadamente; **o cuando enajenaron dichos bienes con evidente designio doloso**.

2. Libro 2: Sobre los pleitos y las acciones.

Referencia	Cita del Digesto
8.4 (2.8)	8. *Paulus, Sobre el Edicto, Libro XIV*. (4) Los tutores y curadores que están obligados a dar seguridad por los bienes de sus pupilos, deben ser enviados ante los magistrados municipales, porque la seguridad es necesaria. La misma regla se aplica cuando la propiedad en la que se ha creado el usufructo ha de ser restituida al propietario; y también al caso del legatario, que debe dar seguridad de que, "si fuere desalojado de la herencia, restituirá los legados y los excesos que hubiere recibido, conforme a la Ley Falcidiana". El heredero también tiene derecho a ser oído en el caso en que fuere enviado ante un juez municipal con el fin de dar seguridad a los legatarios. Es claro que el heredero, si por su culpa un legatario ya ha sido puesto en posesión y no ha dado fianza, pide al legatario que entregue la posesión, manifestando que está dispuesto a dar fianza en un municipio, deberá no se le permitirá hacerlo. **El caso es diferente, sin embargo, si el legatario ya ha sido puesto en posesión sin negligencia o fraude del heredero**.
2.1 (2.9)	*Paulus, Sobre el Edicto, Libro VI* (1) Cuando el esclavo, a causa del cual cualquiera puede instituir una acción noxal, está ausente, y cuando su amo no niega que está bajo su control, Vindio sostiene que puede ser obligado a prometer que lo producirá en tribunal, o para defenderlo, y si no está dispuesto a hacerlo, debe dar seguridad para presentarlo lo antes posible; **pero si niega falsamente que está bajo su control, se verá obligado a defender el pleito sin la entrega del esclavo; y Juliano declaró esto también, incluso cuando el amo urdió por fraude que el esclavo no debería estar bajo su control**. Si el esclavo está presente, y el amo está ausente, y no hay quien defienda al esclavo, debe ser removido por orden del Pretor, pero si se demuestra la causa adecuada, se puede conceder después su defensa a su amo, como afirman Pomponio y Vindio; ni el amo será perjudicado por su ausencia. Por lo tanto, puede restituírsele el derecho de acción que perdió el demandante porque cuando se le quitó el esclavo pasó a ser de su propiedad.
1.6 (2.10)	*Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro VII* (6) El derecho de acción pasa al heredero, pero no por más de un año; y pienso que **sólo se tendrá acción contra el heredero hasta el punto de impedirle aprovecharse del fraude del difunto**.
2-parr (2.10)	2. *Paulus, Sobre el Edicto, Libro VI* . **Si el esclavo del demandante, con el conocimiento de su amo, comete un fraude para impedir que yo aparezca en el tribunal y su amo no lo impide cuando podría hacerlo, Ofilius dice que se debe conceder una excepción contra su amo para evitar que se beneficie del fraude del esclavo**. Pero si, de hecho, el esclavo cometió el acto sin el consentimiento de su amo, Sabinus dice que procederá una acción noxal, y que el acto del esclavo no debería perjudicar a su amo, excepto en la medida en que lo pierda cuando él mismo no haya cometido ninguna falta.

3-parr & 1 & 3 (2.10)	3. *Julianus, Digest, Libro II*. Procederá acción en virtud de este Edicto contra la parte que, **por medio de fraude**, impidió a cualquiera comparecer en juicio, por una suma igual al interés que el demandante tenía en su comparecencia. En un pleito de esta especie se determina si el demandante perdió algo a causa de esto; como, por ejemplo, si el demandado obtuvo la propiedad del inmueble de que se trata por lapso de tiempo, o quedó libre de responsabilidad para ser demandado. (1) **Es evidente que si la parte que actuó maliciosamente para impedir que la otra compareciera ante el tribunal no es solvente**, será justo conceder una acción de restitución contra el demandado, **para que no se beneficie y el demandante sufra una pérdida a causa del fraude de otro**. (3) Si tanto el estipulante como el promitente no pueden comparecer ante el tribunal **por el acto doloso del otro, el Pretor no podrá socorrer a ninguno de los dos, ya que el fraude cometido por cada uno se compensa mutuamente**.
2-parr (2.11)	2. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXXIV* . No requerimos que el demandado comparezca en el tribunal cuando el asunto con respecto al cual prometió comparecer se haya resuelto; pero esto debe ocurrir antes del día fijado para su comparecencia. **Sin embargo, si el acuerdo se realizó después, se debe interponer una excepción por fraude**; porque ¿quién se preocuparía por la promesa de la pena después de que el caso se haya resuelto? Cualquiera pensaría que una excepción basada en que el asunto se ha resuelto sería válida, porque el acuerdo también incluía la pena; a menos que se hubiera acordado expresamente lo contrario por las partes.
5-parr (2.11)	5. *Paulus, Sobre el Edicto, Libro LXIX* . Si hay dos acreedores igualmente interesados y un deudor promete a uno de ellos, bajo pena, comparecer en el tribunal, y el otro le impide hacerlo, **no se puede interponer una excepción contra el otro si son socios, para evitar que el fraude de uno de ellos beneficie al otro debido a la asociación.**
1.2 (2.13)	1. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro IV*. (2) Las notificaciones de este tipo deben redactarse sin mención de la fecha o del cónsul, **para que no se intente algún fraude por el empleo de la misma, y se inserte una fecha anterior en el instrumento**. El Pretor, sin embargo, excluye la fecha y el cónsul en que se redactó el documento, pero no aquél en que debía hacerse el pago; porque el día del pago es, por así decirlo, la parte principal de la estipulación. Las cuentas, sin embargo, deben hacerse con la fecha y el cónsul; ya que cuando se paga y se recibe dinero, esto no puede estar claro de otro modo, a menos que se indique el día y el cónsul.
6.1 (2.13)	Ulpianus, Sobre el edicto, Libro IV. Cuando un banquero guarda sus libros en su residencia o en su almacén (como muchos de ellos hacen), debe conducirte al lugar donde se encuentran o darte una copia de las cuentas. (1) Los sucesores de un banquero también están obligados a presentar cuentas. Si hay varios herederos y uno de ellos tiene posesión de las cuentas, sólo a él se le puede obligar a presentarlas; pero si todos tienen posesión de ellas y uno las

	presenta, a todos se les puede obligar a hacerlo. ¿**Qué se debe hacer entonces si aquél que las presenta es oscuro y tiene poco reconocimiento, de manera que surja una duda legítima sobre la buena fe de su presentación**? Por lo tanto, para poder comparar las cuentas, los demás también deben presentar las suyas o, de hecho, firmar las presentadas por uno de ellos. La misma regla se aplica cuando hay varios banqueros a quienes se les ha pedido que presenten sus cuentas; en ese caso, si hay varios tutores que están ejerciendo una tutela conjunta, todos deben presentar sus cuentas o firmar las presentadas por uno de ellos.
9.2 (2.13)	Paulo, Sobre el Edicto, Libro III. (2) No es injusto, como afirma Pomponio, exigir a los corredores de dinero que presenten sus cuentas. Esto se debe a que los corredores de dinero, al igual que los banqueros, llevan registros y se dedican a recibir y desembolsar dinero en diferentes momentos. Este hecho se demuestra principalmente a través de sus registros y libros de cuentas, **y con frecuencia se confía en su buena fe**.
1-parr (2.14)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro IV. La **justicia** de este Edicto es **natural**, pues ¿qué es más adecuado a **la buena fe de la humanidad** que **observar aquéllo en lo que las partes han acordado**?
7.1-6 (2.14)	7. Ulpianus, Sobre los Edictos, Libro IV. Algunas convenciones basadas en el Derecho de las Naciones dan lugar a acciones, y otras dan lugar a excepciones. (1) Aquellas que dan lugar a acciones no se conocen por sus propios nombres, sino que se denominan contratos especiales, como compra, venta, arrendamiento, asociación, préstamo, depósito y otros términos similares. (2) Cuando el asunto no se ha enmarcado dentro de algún contrato especial, entonces, como Aristo afirmó muy adecuadamente a Celso, existe una obligación. Por ejemplo, te di algo con la comprensión de que me darías algo más a cambio, o te di algo con la comprensión de que realizarías alguna acción, y esto es sunallagma, es decir, un acuerdo mutuo, y de ahí surgirá una obligación civil. Por lo tanto, opino que Julián fue criticado de manera justa por Mauriciano por su decisión en el siguiente caso: "Te di a Estico con la comprensión de que manumitirías a Pámfilo; lo manumitiste, pero Estico fue desalojado por otra persona". Julián sostiene que el Pretor debería otorgar una acción in factum, pero el primero dice que existe una acción civil por un objeto incierto, es decir, una en términos prescritos, ya que hay un contrato que Aristo llama sunallagma, y de ahí se deriva la acción. (4) Pero cuando no hay fundamentos para un acuerdo, se ha establecido que no se puede crear ninguna obligación; por lo tanto, un simple acuerdo no crea una obligación, sino que crea una excepción.

	(5) A veces, sin embargo, sí da lugar a un juicio, **como en las acciones de buena fe**; pues solemos decir que **los acuerdos que se realizan están incluidos en las acciones de buena fe**; pero esto debe entenderse sólo en el sentido de que cuando los acuerdos siguen como partes de un contrato, están incluidos para dar derecho de acción al demandante; pero si se agregan después, no se consideran parte del contrato, ni confieren un derecho de acción; de lo contrario, surgiría una acción a partir del acuerdo. Por ejemplo, si después de un divorcio se acuerda que la dote no se entregará al final del plazo establecido por la ley, sino de inmediato, esto no será válido; de lo contrario, habría una acción basada en un acuerdo. Marcellus afirma lo mismo, y si durante un juicio de tutela se acuerda pagar un interés más alto que el establecido por la ley, esto no tiene efecto, o habría una acción basada en un acuerdo; ya que los acuerdos contenidos en el contrato constituyen su esencia misma; es decir, se hicieron cuando se celebró el contrato. Soy consciente de que Papiniano dijo que si, después de una venta, se realiza algún acuerdo que no sea parte del contrato, no se puede presentar una acción derivada de la venta, por esta misma regla: "**Ninguna acción puede surgir de un contrato simple", que también puede afirmarse en relación con todas las acciones de buena fe.** Sin embargo, el acuerdo tendrá efecto en el lado del demandado, porque los acuerdos que se interponen posteriormente generalmente dan lugar a excepciones. (6) **En tal medida se incluyen los acuerdos posteriores en el mismo contrato, que está establecido que en compras y otros casos de buena fe en los que no se ha seguido la excepción, la parte puede retirarse de la compra**. Si esto se puede hacer en su totalidad, ¿por qué no se puede cambiar una parte mediante un acuerdo? Esto es lo que Pomponius afirmó en su Sexto Libro sobre el Edicto. Dado que éste es el caso, un acuerdo seguirá teniendo efecto en el lado del demandante, para otorgarle un derecho de acción, donde no se hayan tomado más medidas; y, sobre el mismo principio, si se puede anular todo el contrato, ¿por qué no se puede enmendar y aparecer, por así decirlo, en una nueva forma? Esto se puede decir que se ha afirmado adecuadamente, y por lo tanto, no desapruebo lo que Pomponius dice en su libro de "Lecturas", a saber: que uno puede mediante un acuerdo abandonar parcialmente una compra, de modo que se pueda hacer una nueva compra de la parte. Sin embargo, cuando el comprador deja dos herederos y el vendedor acuerda con uno de ellos abandonar la venta, Juliano dice que el acuerdo es válido y que la venta se anula en parte, ya que el otro heredero, al celebrar otro contrato, habría podido obtener una excepción en contra de sus coherederos. Por lo tanto, la opinión de Juliano y Pomponio está establecida de manera adecuada.
7.7, 9, 11, 18 (2.14)	7. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro IV* . (7) El Pretor dice: "Exigiré la observancia de los acuerdos **que no hayan sido celebrados maliciosamente** o en contra de las leyes, plebiscitos, Decretos del Senado o Edictos de los Emperadores, **cuando en ninguno de ellos aparezca fraude**." (9) El Pretor dice que **no se observará un acuerdo ejecutado fraudulentamente**. **El fraude se perpetra por medio de la astucia y el artificio**; y, como dice Pedio,

	un contrato se ejecuta fraudulentamente siempre que se hace algo, bajo el pretexto de que se pretende otra cosa, con el propósito de engañar a otro. (11) **Cuando un contrato se hace fraudulentamente al principio, o se comete algún acto fraudulento** después, hay motivo para una excepción, según las palabras del Edicto: "Y no se comete fraude". (18) Cuando un esclavo hace un pacto antes de obtener su libertad y herencia, Vindio dice que el contrato no tiene fuerza, porque fue nombrado heredero bajo una condición. Sin embargo, Marcelo, en el Libro Octavo del Digesto, es de la opinión de que si un heredero directo y un esclavo que es un heredero necesario, ambos designados absolutamente, hacen un acuerdo antes de entrometerse en la herencia, no lo hacen. correctamente, lo que de hecho es correcto. Piensa también que un heredero extranjero, cuando entra en la herencia bajo la dirección de los acreedores, lo hace lícitamente, y que también tiene derecho de acción. Pero cuando alguien (como hemos dicho anteriormente) celebra un contrato estando en la esclavitud, Marcelo niega que su contrato sea válido, ya que cualquier acto que una persona realiza en la esclavitud no suele beneficiarlo después de haber obtenido su libertad; que debe admitirse respecto de una excepción basada en un contrato. **Pero surge la pregunta: ¿le beneficia una excepción basada en el fraude? Marcellus, aunque antes dudaba de si éste era el caso, en casos similares, sin embargo, lo admite; como, por ejemplo, cuando el hijo de una familia, habiendo sido nombrado heredero, hace un pacto con los acreedores, pero después de haberse emancipado, entra en la herencia; sostiene que puede hacer uso de una excepción por motivo de fraude. Es de la misma opinión cuando un hijo, en vida de su padre, hace un pacto con los acreedores de este último; porque en este caso se admitirá una excepción por dolo. Finalmente, no debe rechazarse una excepción por fraude, ni siquiera en el caso de los esclavos**.
7.10 (2.14)	7. Ulpianus, Sobre los Edictos, Libro IV (10) El Pretor no añade nada en referencia a los contratos celebrados con el propósito de defraudar; pero Labeo dice muy adecuadamente que si lo hiciera, sería o injusto o superfluo; injusto **si, por ejemplo, el acreedor habiendo otorgado una liberación de buena fe a su deudor, intentara anularla posteriormente**; superfluo, si fue engañado al otorgar la liberación, ya que el fraude está incluido en el engaño.
10.2 (2.14)	10. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro IV* . (2) Estamos en su mayor parte acostumbrados a afirmar: "que **una excepción fundada en el fraude es una ayuda a una excepción fundada en el contrato**"; y **luego hay personas que no pueden hacer uso de una excepción fundada en el contrato, pero pueden usar una fundada en el fraude**; que era la opinión de Julianus, y fue apoyada por muchos otros; por ejemplo, **si mi mandatario hiciera un pacto, yo podría tener el beneficio de una excepción por dolo**, opinión que sostiene Trebatius, quien piensa que así como un pacto de mi mandatario puede perjudicarme, también puede ser para mi ventaja.

16-parr (2.14)	16. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro IV* . Cuando se ha hecho un pacto con el comprador de una finca, y el vendedor de la misma inicia una acción, **la excepción por causa de fraude es un impedimento para su proceso**; porque, según un Rescripto del Divino Pío, deben concederse acciones equitativas al comprador de una finca, **y es justo que el deudor de la finca pueda hacer uso de una excepción por causa de fraude**, como contra el vendedor.
19-parr (2.14)	19. Paulus, Sobre el Edicto, Libro III. Ellos tienen derecho a una excepción. La misma regla se aplica a aquéllos que se encuentran en esclavitud de **buena fe**.
21.1& 2 (2.14)	21. *Paulus, Sobre el Edicto, Libro III* . También puede ser invocada por el heredero del padre en vida de su hijo, pero después de la muerte del hijo no puede serlo ni por el padre ni por su heredero, porque el pacto es personal. (1) Cuando un sirviente llega a un acuerdo de que no será demandado, el acuerdo no tiene valor. Veamos si puede alegarse una excepción por fraude. **Cuando el contrato se refiere a la propiedad, el patrón y su heredero pueden alegar una excepción basada en el contrato mismo, pero cuando el contrato es personal, entonces la excepción basada en el fraude sólo es posible**. (2) Al hacer un acuerdo no podemos beneficiar a aquellos que están bajo nuestro control; pero será una ventaja para nosotros si hacemos un acuerdo en su nombre, como dice Próculo. Y esta doctrina es correcta si así se entendiera que el tiempo en que se celebró el contrato; pero si estoy de acuerdo en que no entablarás juicio contra Titius, y comienzas una acción contra mí en su nombre, no se permite una excepción por motivos de contrato; porque lo que no es de beneficio para el mismo Titius, no lo será para su defensor. Julianus también afirmó que cuando un padre acordó que no se debe entablar ninguna demanda ni contra él ni contra su hijo, **la mejor opinión es que la excepción por motivos de contrato no puede ser invocada por el hijo de la familia, sino simplemente por motivos de fraude**.
25.1-2 (2.14)	25. *Paulus, Del Edicto, Libro III* . La misma regla se aplica cuando se obligan dos deudores principales o dos banqueros socios. (1) Labeo dice que un pacto personal no concierne a un tercero, ni de hecho a un heredero. (2) Pero aunque el acuerdo de una fianza no es de ventaja para el deudor principal, Julianus dice que este último puede, no obstante, generalmente **valerse de una excepción por causa de fraude**.
27.2 (2.14)	27. Paulus, Sobre el Edicto, Libro III. (27) Después de que se haya realizado un acuerdo para no entablar un juicio y posteriormente se acuerde que sí se puede hacer, el primer acuerdo se anula por el último; no por disposición legal, como ocurre con las estipulaciones que se

	extinguen mutuamente cuando así lo desean las partes, ya que la ley rige las estipulaciones y en los contratos todo depende de los hechos; por lo tanto, una excepción se refuta con una réplica. Del mismo modo, sucede que el primer acuerdo no libera a los fiadores. Pero cuando el primer acuerdo tiene tal carácter que extingue el derecho de acción, como por ejemplo en un caso de lesiones, no se puede entablar un juicio posteriormente después de hacer un acuerdo en ese sentido; porque se perdió el primer derecho de acción y un acuerdo posterior no tiene efecto para otorgar un derecho de acción, y una acción por lesiones no puede basarse en un contrato, sino sólo en un comportamiento insultante. **Decimos que la misma regla se aplica en el caso de contratos de buena fe, donde el acuerdo anula toda la obligación, como por ejemplo en el caso de una compra; porque la obligación previa no se revive con un nuevo contrato, pero sería una ventaja para ella.** Pero cuando no se abroga todo el contrato, sino que se excluye algo de él, el segundo acuerdo actúa como una renovación del primero. Esto puede ocurrir en una acción de dote, por ejemplo, donde una mujer hace un acuerdo para que su dote le sea devuelta sin demora, y luego realiza otro acuerdo para que se le devuelva en el momento autorizado por la ley; en este caso, la dote volverá a ella de acuerdo con la ley, y no se puede afirmar que la condición de la dote empeora debido al acuerdo; porque cada vez que el derecho de acción por una dote retoma la condición con la que la Ley de la Naturaleza la invistió, el estado de la dote no empeora, sino que se restaura a su forma original. Esta opinión también fue sostenida por Scaevola.
27.3 (2.14)	*Paulus, Sobre el Edicto, Libro III* . (3) **No se puede estipular por acuerdo que una persona no será responsable por mala fe**; aunque una parte pueda acordar no presentar una demanda por un depósito, **parece que, según los términos del contrato, se compromete a no entablar una acción por fraude, y un acuerdo de este tipo puede ser invocado.**
27.5 (2.14)	27. *Paulus, Sobre el Edicto, Libro III* . (5) Cuando me debes diez aurei , **y me comprometo a no demandarte por veinte, se establece que tienes derecho a una excepción por motivo de contrato, o por motivo de fraude, por la cantidad de diez aurei** . Nuevamente, si me debes veinte aurei, y estoy de acuerdo en demandarte sólo por diez; el resultado será que, si me oponéis una excepción, sólo puedo exigiros el pago de los diez restantes.
35-parr (2.14)	35. *Modestino, Opiniones, Libro II* . Si dos hermanos, Titius y Maevius, y una hermana Seia, dividieron un patrimonio entre ellos que tenían en común, y ejecutaron un instrumento en el que afirmaban que dividieron el patrimonio de su madre y alegaban que no quedaba ninguna propiedad en común entre ellos. Sin embargo, posteriormente, dos de ellos, Maevius y Seia, que estaban ausentes en el momento de la muerte de su madre, se enteraron de que una suma de dinero en oro había sido sustraída por su hermano, de la cual no se mencionaba nada en el instrumento de división. Deseo saber si, después de que se hizo el acuerdo de división, procedería una acción para

	recuperar el dinero que había sido sustraído en favor del hermano y la hermana contra el otro hermano. Modestinus respondió que si, al demandar una parte del dinero que se decía había sido sustraído por Titius, se presentaba una excepción en su contra basada en un contrato general, **cuando ellos acordaron ignorantemente el fraude que había sido cometido por Titius, podrían hacer valer una réplica basada en el fraude.**
58-parr (2.14)	58. Neratius, Pergaminos, Libro III. No hay duda de que las partes pueden rescindir en todos los contratos relacionados con compra, venta, arrendamiento, alquiler y otras obligaciones similares, siempre y cuando todo permanezca igual por el consentimiento común de aquellos que se han comprometido. La opinión de Aristo va aún más lejos, pues él piensa que si he realizado todos los actos necesarios como vendedor con respecto a la propiedad que te vendí, y mientras aún me debes el precio de compra, acordamos entre nosotros que me devolverás todo lo relacionado con la propiedad que te entregué, y que no pagarás el precio de compra; y de acuerdo con esto, tú me lo devuelves, dejarás de deberme el dinero, **porque la buena fe que rige asuntos de este tipo admite esta interpretación y acuerdo.** No importa si el acuerdo se hace para abandonar el contrato, manteniéndose todas las cosas por las cuales nos hemos comprometido igual; o si tú devuelves todo lo que te entregué, y luego acordamos que no me darás nada en virtud del contrato. Es cierto que lo siguiente no puede lograrse mediante un contrato que tenga por objeto anular lo que se ha hecho: que puedas ser obligado a devolverme lo que ya te he dado; ya que de esta manera, el negocio se llevaría a cabo no tanto anulando nuestro contrato anterior, como creando nuevas obligaciones entre nosotros.
8.10 (2.15)	Ulpiano, Sobre todos los Tribunales, Libro V. (10) **También se debe considerar la cantidad de dinero involucrada en la transacción, ya que de esta manera se determina la buena fe de las partes.** La cantidad también debe ser estimada de acuerdo con la edad y condición de salud de la persona que está realizando el acuerdo, ya que es claro que debe variar en los casos de un niño, un joven o alguien mayor; y es evidente que **una provisión de manutención** terminará con la vida de la persona en cuyo beneficio fue hecha.

3. Libro 3: Sobre el matrimonio.

Referencia	Cita del Digesto
1-parr (3.2)	1. Julianus, Sobre el Edicto, Libro I. Las palabras del Pretor son las siguientes: "El que es dado de baja del ejército por conducta vergonzosa, ya sea por el Emperador, o por alguien a quien se le ha otorgado autoridad para actuar en el asunto, es tildado de infamia. Esto también se aplica a al que aparece en escena con el propósito de actuar o declamar; al que ejerce la profesión de proxeneta; al que ha sido condenado en juicio por acusación falsa o traición a los intereses de su cliente; al que ha sido condenado por hurto, robo, lesión**, mala fe o fraude**, en su propio nombre, o hubiere cometido alguno de estos

	delitos; al que hubiere sido condenado en su propio nombre en acción fundada en sociedad, tutela, mandato o depósito, en una acción directa; al que dio a su hija, que estaba bajo su control en matrimonio después de la muerte de su yerno, sabiendo que había muerto antes de que hubiera transcurrido el tiempo que es costumbre que una viuda haga duelo por ella marido; al que la desposó, sabiendo también esto, sin orden de la persona bajo cuyo mando estaba; al que le permitió casarse con ella mientras estaba bajo su control, teniendo conocimiento de los hechos antes mencionados; y también al que por su propia responsabilidad, y no por mandato, o en nombre de la parte bajo cuya potestad estuviere, permite a cualquier varón o hembra que tiene bajo su potestad, contraer dos esponsales, o dos matrimonios. al mismo tiempo".
4.5 (3.2)	4. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro VI. (5) Además, "Cualquiera que haya sido condenado por hurto, robo, lesión o **mala fe** en su propio nombre, o haya cometido cualquiera de estos delitos, de la misma manera, **es infame**".
6.6 (3.2)	6. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro VI. (6) Debe, por todos los medios, agregarse que un heredero a veces tiene sentencia dictada contra él por su propia cuenta, y por lo tanto **se vuelve infame; por ejemplo, si es culpable de mala fe en relación con un depósito o un mandato**. Porque un heredero no puede ser juzgado contra él por su propia cuenta en los casos derivados de la tutela y la sociedad, porque no sucede a una persona fallecida ni en la tutela ni en la sociedad, sino que sólo responde por las deudas del difunto. (7) Una parte que pierde su caso en una acción contraria presentada contra él, no es infame; y no sin razón, **porque en las acciones contrarias no se trata de mala fe, sino de cálculo,** que generalmente decide el tribunal.
19-parr (3.2)	19. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro VIII. Ninguna mujer llega a ser infame sino **aquella a la que judicialmente se ha decidido "haber sido puesta en posesión de los bienes por fraude**". Esta regla también se aplica a un padre que permitió que su hija, mientras estaba bajo su control, fuera puesta en posesión de manera fraudulenta en nombre de su hijo por nacer.
34-parr (3.3)	Gaius, Sobre el Edicto Provincial, Libro III. ¿Cuando alguien presenta una demanda en su propio nombre como agente, por ejemplo, como comprador de una propiedad, debería, por otro lado, defender al vendedor? **Se ha establecido que si el negocio se realizó de buena fe y no para defraudar a aquéllos que puedan querer demandar al vendedor, no estará obligado a defenderlo**.

46.4-6 (3.3)	Gaius, Sobre el Edicto Provincial, Libro III. Cuando una parte ha asumido la gestión de un caso en su propio nombre y desea designar a un agente que el demandante pueda aceptar en su lugar, deberá ser escuchada si ofrece garantía en la forma adecuada de que la sentencia será cumplida. (4) **Se exige que un agente rinda cuentas de buena fe en asuntos relacionados con litigios, al igual que se le exige hacerlo en otras transacciones comerciales**. Por lo tanto, cada vez que obtiene algo en un juicio, ya sea directamente debido a la reclamación o indirectamente a través de ella, debe devolverlo en una acción de mandato; de manera que si, por error o debido a una decisión errónea del juez, obtiene algo que no le correspondía, también deberá devolverlo. (5) Además, por otro lado, todo lo que el agente pague en virtud de una sentencia, puede recuperarlo mediante una acción contraria de mandato. Sin embargo, no puede recuperar ninguna multa que haya pagado debido a un acto ilícito de su parte. (6) **La equidad exige que cualquier gasto del juicio incurrido de buena fe por el agente del demandante o por el del demandado le sea reembolsado**.
4-parr (3.4)	Gaius, Sobre el Edicto Provincial, Libro III. (4) **Cuando alguien sea lo suficientemente insensato como para pensar que, mientras estaba ocupado con sus propios asuntos, también estaba atendiendo a los míos, no surgirá ningún derecho de acción para ninguna de las partes, porque la buena fe no lo permite.** Y si él llevó a cabo tanto sus propios asuntos como los míos, creyendo que sólo estaba ocupándose de los míos, sólo será responsable ante mí por lo que me corresponde. Porque si le indico a alguien que se ocupe de mis asuntos, en los cuales también estás involucrado, Labeo sostiene que debe entenderse que si él se ocupó de tus asuntos y era consciente de ello, es responsable ante ti en una acción por los asuntos transaccionados.
4.7 (3.4)	Gaius, Sobre el Edicto Provincial, Libro III. (7) Si llevo a cabo los asuntos de un hombre que era libre, **pero que te servía como esclavo de buena fe, y lo hice pensando que era tu esclavo**; Pomponius afirma que tendría derecho a una demanda contra ti basada en los asuntos transaccionados en relación con tanto del peculio del esclavo como puedas retener; pero en cuanto a lo que él pueda llevarse, no tengo derecho de acción contra ti, sino contra él. Sin embargo, si sabía que era libre, tendría derecho a una acción contra él por cualquier peculio que pudiera llevarse, y también una contra ti por cualquier cosa que pudieras retener.
9-parr (3.4)	9. Scaevola, Preguntas, Libro I.

	Pomponio dice que si yo apruebo cualquier transacción por tu parte, aunque haya sido mal hecha, no serás responsable ante mí por el motivo de la transacción. Ha de tomarse en consideración si no es cierto que, mientras esté en duda si lo ratificaré o no, queda en suspenso el derecho de acción fundado en los negocios hechos; porque, una vez que se ha acumulado, ¿cómo puede ser anulado por la mera voluntad sola? **Sostiene, sin embargo, que esto sólo es cierto cuando no eres culpable de mala fe**. Y Scaevola afirma que aunque yo ratifique lo que se ha hecho, una acción sobre la base de los negocios tramitados todavía mentirá; y donde se dice que no sois responsables ante mí, es porque no puedo desaprobar lo que una vez pacté; y así como todo lo que ha sido debidamente hecho debe ser tenido por ratificado por el tribunal, así también debe serlo lo que haya sido aprobado por la propia parte. Además, si ninguna acción basada en negocios transados residirá donde he dado mi aprobación, ¿qué se debe hacer si la otra parte cobra dinero a mi deudor, y yo lo apruebo? ¿Cómo puedo recuperarlo? Y, también, supongamos que ha vendido una propiedad que me pertenece, ¿cómo entonces puede recuperar cualquier gasto en el que haya incurrido? Porque, como no hay mandato, la acción fundada en los negocios radicará, aun después de la ratificación.
18-parr & 2 (3.4)	18. Paulus, Sobre el Edicto, Libro IX. **Proculus y Pegasus opinan que una persona que comenzó a llevar a cabo negocios estando en esclavitud debe actuar de buena fe**; por lo tanto, la cantidad que hubiera podido obtener si alguien más estuviera gestionando sus negocios, y que no exigió de sí mismo, debe pagarla a su principal en una acción basada en los negocios transaccionados, si su peculio alcanza tal suma que, al retenerlo, podría haberla obtenido. Neratius comparte la misma opinión. (2) **Si ordeno a un hombre libre que está en mi poder como esclavo de buena fe que realice algún acto**, Labeo piensa que no tendría derecho a una acción de mandato en su contra, debido a su condición de servidumbre; sin embargo, procedería una acción basada en los negocios transaccionados, porque por un lado, él tenía el deseo de atender mis asuntos, y por otro lado, estaba en una posición en la que yo podía obligarlo a hacerlo.
36-parr (3.4)	36. Paulus, Preguntas, Libro IV. 8. Cuando un hombre que es libre, **pero me sirve de buena fe como esclavo**, ha tomado prestado dinero y lo ha utilizado en mi beneficio, debemos considerar qué acción debo emprender para devolver lo que él gastó en mi nombre; ya que él llevó a cabo el negocio por mí no como amigo, sino como su propietario. Se debe otorgar una acción basada en los negocios transaccionados, y esta acción deja de ser adecuada tan pronto como su acreedor es pagado.
38-parr (3.4)	38. Tryphoninus, Disputas, Libro II. Un hombre que debía una deuda que no devengaba intereses llevó a cabo el negocio de su acreedor, y surgió la pregunta de si podía ser obligado a pagar intereses sobre

	la suma mencionada en una demanda basada en los negocios transaccionados. Indiqué que debería pagar intereses si se le hubiera exigido cobrarlos para sí mismo, pero si el día de pago no había llegado en el momento en que llevaba a cabo el negocio, no estaría obligado a pagar intereses. **Sin embargo, si el plazo hubiera transcurrido y no hubiera incluido el dinero adeudado en las cuentas del acreedor cuyos negocios estaba llevando a cabo**, **ciertamente estaría obligado a pagar intereses en una acción de buena fe**. Veamos qué intereses debería pagar, si serían los mismos que el mismo acreedor cobraría a otros o si sería la tasa más alta. Es cierto que aquellos que se apropian del dinero de una parte cuya tutela o negocio tienen a su cargo, o si un magistrado se apropia del dinero de un municipio, deben pagar la tasa de interés más alta, como han establecido los Emperadores Divinos. **Pero en este caso es diferente, ya que la parte no se apropió del dinero del negocio que estaba llevando a cabo, sino que lo tomó prestado de un amigo antes de asumir la administración de los asuntos de este último; para aquéllos a quienes se refiere la regla anterior, se les obligaba a mostrar buena fe sin compensación, en todo caso, como algo absoluto y sin ningún beneficio; y cuando parezca que han abusado de sus privilegios, se les obliga a pagar la tasa de interés más alta como una especie de pena; pero esta parte recibió la propiedad como un préstamo de manera legal y es responsable de los intereses porque no pagó el principal, no porque se haya apropiado del dinero derivado del negocio que estaba llevando a cabo.** Hace una gran diferencia si la deuda acaba de comenzar a contraerse o si se hizo previamente, porque en este último caso es suficiente para que una deuda devengue intereses, lo que no ocurría antes.
3.9 (3.5)	3. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro X. (9) **Labeo dice, que a veces en una acción fundada en negocios negociados, el único punto a ser considerado es el fraude**; por ejemplo , si, inducido por el afecto, se ha entrometido en mis asuntos para impedir que se vendan mis bienes, sólo debe responder en caso de fraude. Esta opinión se basa en la equidad
6.3 (3.5)	6. Julianus, Digest, Libro III. (3) **Cuando alguien tramita mi negocio, no por consideración hacia mí, sino por el bien de la ganancia, Labeo sostuvo que estaba más bien atendiendo sus propios asuntos que los míos; porque apunta a su propio beneficio y no al mío, si actúa con el propósito de ganancia personal**. Sin embargo, con mayor razón debe estar sujeto a una demanda basada en el negocio realizado. **Sin embargo, si ha gastado algo mientras atiende mi negocio, tendrá derecho a una acción contra mí; no por lo que ha perdido, ya que fue culpable de mala fe al entrometerse en mis asuntos**, sino simplemente para averiguar la cantidad en que me enriquezco.
6.4&7 (3.5)	6. Julianus, Digesto, Libro III. (4**) Cuando alguien es lo suficientemente insensato como para pensar que mientras realizaba sus propios negocios, atendía los míos; no surgirá derecho de acción de ninguna de las partes, porque la buena fe no lo permitirá**. Y si tramitó tanto su negocio como el mío creyendo que sólo estaba tramitando el mío,

	solo será responsable ante mí por el mío. Porque si yo mando a alguien a hacer mi negocio, en el cual también vosotros estabais interesados, dice Labeo que debe tenerse por cierto que si él atendió a vuestros negocios y lo conoció, es responsable ante vosotros en una acción por el negocio hecho. (7) Si hice el negocio de un hombre que era libre, pero que te estaba sirviendo como esclavo de buena fe, y lo hice pensando que era tu esclavo; Pomponius afirma que yo tendría derecho a demandarte en base a los negocios realizados con referencia a la mayor parte del peculio del esclavo que puedas retener; pero en cuanto a lo que puede quitar, no tengo derecho de acción contra ti, pero tengo uno contra él. Sin embargo, si yo supiera que está libre, tendría derecho a una acción contra él por cualquier peculium que pudiera tomar, y también contra usted por lo que pudiera retener.
7-parr (3.5)	(7) El cargo de juez tiene la misma fuerza en **acciones de buena fe** que la interrogación tiene en una estipulación expresamente hecha con el mismo propósito.
11-parr (3.5)	11. Pomponio, Sobre Quinto Mucio , Libro XXI. Si realiza transacciones comerciales de una parte ausente sin su conocimiento, **debe ser responsable tanto por negligencia como por fraude**; pero Próculo es de la opinión de que a veces deberías ser responsable de los accidentes, como por ejemplo, cuando atiendes algún negocio nuevo en nombre de la parte ausente que no tenía la costumbre de realizar, por ejemplo, comprando nuevos. esclavos, o al dedicarse a alguna otra empresa, porque si de ello resultara alguna pérdida para él, usted sería responsable; pero cualquier ganancia pertenecería a la parte ausente, y cuando se acumularon ganancias en algunos casos y se sufrieron pérdidas en otros, el principal ausente debe compensar la ganancia con la pérdida.
18-parr (3.5)	18. Paulus, Sobre el Edicto, Libro IX. **Próculo y Pegaso opinan que una persona que comenzó a realizar transacciones comerciales mientras estaba en la esclavitud, debe actuar de buena fe**; y por lo tanto, la cantidad que hubiera podido hacer si algún otro administrara su negocio, debe, como no la exigió de sí mismo, pagarla a su principal en una acción basada en el negocio hecho; si su peculio fuera tanto que reteniéndolo, podría haber hecho esa suma. Neracio es de la misma opinión.
19.2 (3.5)	19. Paulus, Sobre Neracio , Libro II. (2) **Si ordeno a un hombre libre que es tenido por mí como esclavo de buena fe** que realice algún acto; Labeo piensa que yo no tendría derecho a una acción de mandato contra él; ya que está reprimido por su condición servil; por lo tanto, una acción basada en negocios tramitados radicará, porque, por un lado, él tenía un deseo de atender mis asuntos, y por otro, estaba en una posición en la que yo podía obligarlo a atenderlos.

19.3 (3.5)	19. Paulus, Sobre Neracio, Libro II. (3) Mientras tramitaba mis negocios durante mi ausencia, usted, sin saberlo, compró una propiedad que me pertenecía; y, siendo aún ignorante de este hecho, adquiriste su propiedad por prescripción. No estáis obligados a restituirmelo en una acción por negocio tramitado; pero si antes de que obtuvieras su propiedad por prescripción hubieras sabido que la propiedad era mía, debes emplear a alguien para que te demande por ella en mi nombre, para que me la recupere y te dé la oportunidad de hacerla cumplir. su estipulación contra el desalojo; **y no se le considerará culpable de fraude en el empleo de esta persona, ya que debe hacerlo para evitar ser responsable en una acción sobre el negocio realizado**.
36-parr (3.5)	36. Paulus, Preguntas, Libro IV. Cuando un hombre que es libre, pero me sirve de buena fe como esclavo, ha tomado prestado dinero y lo ha empleado en mi beneficio, consideremos con qué acción debo devolverle lo que gastó en mi favor; ya que tramitó el negocio para mí no como un amigo, sino como su dueño. Debe concederse una acción basada en el motivo del negocio hecho, y ésta deja de ser procedente tan pronto como se paga a su acreedor
38-parr (3.5)	38. Tryphoninus, Disputes, Libro II. Un hombre que debía una deuda que no devengaba intereses llevó a cabo los negocios de su acreedor, y surgió la pregunta de si podía ser obligado a pagar intereses sobre la mencionada suma mediante un juicio basado en el negocio realizado. Yo afirmé que debería pagar intereses si se le hubiera exigido cobrarlos por sí mismo, pero si el día de pago no había llegado en el momento en que realizó el negocio, no estaría obligado a pagar intereses; **pero si el plazo había vencido y no incluyó el dinero adeudado por él en las cuentas del acreedor cuyo negocio estaba realizando, ciertamente estaría obligado a pagar intereses en una acción de buena fe.** Veamos qué tipo de intereses debería pagar, si serían los mismos por los cuales el mismo acreedor prestaría dinero a otros, o si serían la tasa más alta. Es cierto que cualquier persona que se apropie del dinero de un tercero cuya tutela o negocio tiene a su cargo, o si un magistrado se apropia del dinero de un municipio, debe pagar la tasa de interés más alta, según lo establecido por los Divinos Emperadores. **Pero es diferente en este caso, donde la parte no se apropia del dinero del negocio que está realizando, sino que lo toma prestado de un amigo antes de asumir la administración de los asuntos de este último**; **porque aquellos a los que se refiere la regla anterior estaban obligados a mostrar buena fe sin compensación, en cualquier caso, una buena fe absoluta y sin ningún beneficio; y cuando parezca que han abusado de sus privilegios, se les obliga a pagar la tasa de interés más alta como una especie de penalidad**; pero esta parte recibió la propiedad como un préstamo de manera legal, y es responsable de los intereses porque no pagó el principal, y no porque se haya apropiado del dinero del negocio que estaba realizando. Hace una gran diferencia si la deuda acaba de ser contraída o si se hizo anteriormente, porque en este último caso es suficiente para que una deuda devengue intereses, lo cual no ocurría antes.

4. Libro 4: Sobre padres e hijos.

Referencia	Cita del Digesto
7.1 (4.1)	7. Marcelo, Compendio, Libro III. (1) La ayuda del Emperador no parece limitarse a casos de este tipo solamente, **porque la ayuda debe concederse a las personas que han sido engañadas sin su culpa, y especialmente cuando el fraude fue cometido por sus adversarios,** ya que es habitual que se solicite una acción basada en el fraude; y es deber de un justo pretor conceder un nuevo juicio, que tanto la razón como la justicia exigen, antes que permitir que se entable una acción de bajeza, a la que sólo debe recurrirse cuando no hay otro remedio disponible.
14.5 (4.2)	14. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XI. (5) A veces, sin embargo, incluso cuando se ha empleado la intimidación, el laudo del árbitro exonera al demandado. Por ejemplo, si Ticio emplea la intimidación sin mi conocimiento y la propiedad obtenida de esta manera llega a mi posesión, y si, **sin ninguna mala fe [fraude] de mi parte**, ya no existe, ¿seré liberado simplemente por el acto del juez? O si el esclavo en cuestión huye y el juez me exige dar garantías de que lo devolveré si cae bajo mi control, entonces debería ser liberado. Por lo tanto, algunas autoridades opinan que **un comprador que adquirió la propiedad de buena fe de la persona que empleó la fuerza no debería ser considerado responsable**; tampoco debería serlo quien haya recibido la propiedad como regalo o aquél a quien se le haya legado. Es muy acertado lo que sostiene Vivianus, de que estas personas son responsables; de lo contrario, estaría en desventaja porque sufrí intimidación. Pedio también afirmó en el Cuarto Libro que la autoridad del juez, en un caso que involucra la restitución, es tal que debería ordenar al que empleó la fuerza que haga la restitución, incluso si la propiedad ha pasado a manos de un tercero; o puede obligar al tercero a hacer la restitución, aunque otro haya empleado la intimidación, ya que la intimidación empleada por una persona no debe beneficiar a otra.
21.4 (4.2)	21. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XI. (4) (4) Cuando he sido compelido por intimidación a abandonar un acuerdo de compra o alquiler, se debe considerar si la transacción es nula o no y la obligación anterior permanece plenamente vigente; **o si esto se asemeja a una liberación, ya que no podemos confiar en una obligación basada en buena fe, ya que dicha obligación se termina cuando se pierde.** La mejor opinión es que el caso se asemeja a una especie de liberación, y por lo tanto, procede una acción pretoriana.
1.5-7 (4.3)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. (5) Pomponio también dice que donde no se puede entablar acción contra nosotros, por ejemplo, **donde la estipulación estaba tan vergonzosamente contaminada con fraude que ningún tribunal permitiría una acción fundada en ella**; no debo intentar obtener una acción basada en intención fraudulenta, ya que ningún juez permitiría que se presentara tal acción en mi contra.

	(6) Pomponio también dice que Labeo sostiene que, incluso si alguien pudiera obtener una restitución completa, no debería tener el beneficio de esta acción; y si algún otro derecho de acción se pierde por el transcurso del tiempo, aun así, éste no debe permitirse; **porque el que posterga el entablar pleito sólo tiene la culpa de sí mismo, a menos que el fraude se haya cometido con el propósito especial de dejar pasar el tiempo**. (7) Cuando alguien que tiene algún derecho de acción civil o pretoriano lo inserta en una estipulación, y luego lo anula por una liberación, o por cualquier otro medio; **no puede entablar juicio fundado en fraude, porque tiene otro derecho de acción, a no ser que haya sido engañado maliciosamente al perder su derecho de acción.**
5-parr (4.3)	5. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. Por lo tanto, si una tutela ha sido eludida por Ticio, **y su tutor actuó en connivencia con él, no tiene derecho a una acción contra Ticio, basada en fraude, ya que tiene una acción de tutela,** por la cual puede recuperar lo que le interesa. Si su tutor es insolvente, debe decirse sin duda que se le puede conceder una acción por fraude.
7.1-4 (4.3)	7. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. Pomponio explica muy bien las palabras: "Ninguna otra acción es applicable", para significar que es imposible que el asunto en cuestión se conserve para la parte interesada de otra manera. Tampoco parece que esto se oponga a la opinión expresada por Juliano en el Libro Cuarto; a saber, que cuando un menor de veinticinco años, engañado por el consejo de un esclavo, lo vendió con su peculio, y el comprador lo manumitió; **el menor tenía derecho a una acción por fraude contra el esclavo manumitido; porque debemos entender que el comprador está libre de fraude, y que no puede ser responsable por la compra, o que la venta es nula si el menor fue inducido a hacerla por medio de representaciones fraudulenta**s. El hecho de que se presuma que la parte es menor de edad no le da derecho a la restitución completa, ya que no puede haber restitución completa contra un esclavo manumitido. (1) De acuerdo con esto, cuando un hombre puede proveer a su propia indemnización por medio de una acción penal, debe establecerse que una demanda por motivo de fraude no procederá. (2) Pomponio dice, sin embargo, que si la acción es popular, no se aplica una basada en fraude. (3) **Labeo piensa que no debe concederse una acción basada en el fraude, no sólo cuando no existe otro derecho de acción, sino incluso cuando puede ser**

	dudoso si otro está disponible o no; y aduce el siguiente caso: Cuando una parte me debía un esclavo a causa de una venta, o una estipulación, y le da veneno, y me lo entrega, o cuando me debe un terreno, y, durante la entrega , le impone una servidumbre; o demuele edificios, o tala, o arranca árboles; Dice Labeo que, sea que me diera seguridad contra la malicia o no, se le debe conceder acción en base a ella; ya que, si dio la garantía, es dudoso que exista un derecho de acción fundado en la estipulación. La mejor opinión es, sin embargo, que si la garantía se dio contra la malicia, una acción basada en ella no procederá, ya que una acción sobre la estipulación está disponible; pero donde no hay seguridad, entonces, **en caso de que se ejercite una acción de compra, la basada en fraude no procederá, porque la basada en compra sí; pero cuando se interponga sobre la estipulación, será necesaria la acción por dolo.** (4) Cuando el amo de un esclavo, a cuyo uso tenía derecho otra parte, lo mata; tanto la acción de la Lex Aquilia, como la de producción estarán disponibles, si el amo estaba en posesión del esclavo cuando lo mató; y por tanto **la acción fundada en el fraude no procederá.**
7.10 (4.3)	7. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. (10) Además, Pomponio dice que el Praetor Caecidianus **no otorgó una acción por fraude contra alguien que había alegado que cierta persona a quien se le iba a prestar dinero era solvente**, que es la visión correcta del caso; porque **no debe concederse una acción por dolo a menos que la mala fe sea flagrante y evidente**.
(8-parr (4.3)	8. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro IV. Sin embargo, **si usted supiera que la persona había perdido su propiedad y, en aras de la ganancia, me dijera que era solvente, y se le concedería una acción por fraude; ya que recomendaste falsamente a otro con la intención de engañarme**.
9.1-4 (4.3)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. Cuando alguien afirme **que una herencia es de muy poco valor, y luego la compre al heredero, no procederá la acción de fraude, pues basta la de venta**. (1) Sin embargo, si me persuadiste a rechazar la herencia, con el pretexto de que no pagaría a los acreedores, o me indujiste a elegir cierto esclavo porque no había ninguno mejor en la casa; **digo que se debe conceder una acción por fraude, si lo hiciste con mala intención.** (2) Además, si un testamento fue suprimido por mucho tiempo, para evitar que fuera declarado inoficio, y después de la muerte de un hijo se produjo; **los**

	herederos de dicho hijo pueden demandar por fraude, así como bajo la Lex Cornelia, contra las partes que la suprimieron. (3) Labeo afirma en el Libro Trigésimo Séptimo de la Posterior, que si Titius reclama tu aceite como suyo, y tú depositas dicho aceite en manos de Seius para que él lo venda, y te quedas con el dinero de la compra hasta la controversia sobre a cuál de vosotros pertenece el aceite está decidido, y Titius se niega a unirse a la cuestión; ya que contra Seius tampoco puedes ejercitar acción, ni por mandato, ni como mandatario, por no haberse cumplido aún la condición del depósito; **puede demandar a Titius por fraude.** Pomponio, sin embargo, dice en el Libro Vigésimo Séptimo que una acción puede iniciarse en términos generales, sobre la base de la agencia; **o si la parte no es solvente, puede ser ejercitada por fraude contra Ticio**; que parecería ser la distinción adecuada. (4) Si a sugerencia del juez **me has entregado tu esclavo para indemnizarme por el daño que cometió, y en consecuencia has sido liberado de responsabilidad; se os puede demandar en acción fundada en fraude, si pareciere que el dicho esclavo estaba empeñado en otro. Esta acción basada en el fraude es noxal, por lo que Labeo afirma en el Libro Trigésimo del Pretor de Extranjeros que la acción basada en el fraude cometida con referencia a un esclavo es unas veces De Peculio y otras veces noxal.** Porque si el asunto con referencia al cual se cometió el fraude es uno por el cual se concedería una acción De Peculio, entonces se permitiría una acción por ese motivo; pero si es uno en que la acción fuere noxal, entonces también debe ser uno del mismo carácter.
11.1 (4.3)	11. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XI. (1) La acción no se concede a ciertas personas, por ejemplo, a los hijos o a los libertos contra sus padres o sus patronos; ya que implica infamia. Tampoco debe ser concedida a una persona humilde contra otra de mayor estatus; por ejemplo, a un plebeyo contra una persona de rango consular y posición reconocida, o a una persona licenciosa o derrochadora, o a cualquiera que sea despreciable, contra un hombre de vida intachable; y Labeo sostiene la misma opinión. ¿Entonces qué se debe hacer? **Se debe decir con respecto a tales personas que se permita una acción in factum**; **prestando atención a la redacción, de manera que se haga mención de la buena fe**.
13.1 (4.3)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. La **acción por fraude** debe concederse a los herederos de estas personas, así como contra los herederos de las otras partes. (1) Labeo dice que en el examen de la causa, **se debe tener cuidado de que una acción por causa de fraude no debe concederse contra un pupilo, a menos que se inicie una demanda contra él como heredero**. Creo que puede ser demandado por su propio fraude, si casi ha llegado a la edad de la pubertad, y especialmente si se hizo más rico por el hecho.

14-parr (4.3)	14. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XI. ¿Cuál sería el resultado si obtuviera el consentimiento del agente del demandante para la desestimación de la demanda en su contra? o si hubiere obtenido dinero de su tutor por declaraciones falsas; ¿**O si hubiera cometido algún otro fraude** similar que no requiriera gran duplicidad?
15.1-2 (4.3)	15. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. **Pienso que también debe concederse una acción contra él, si se aprovechó pecuniariamente del fraude de su tutor**; así como se puede conceder una excepción. (1) Sin embargo, ¿existe la duda de si se puede conceder una acción por fraude contra un municipio? Es mi opinión que no se puede conceder en razón de su propio fraude, porque ¿**cómo puede un municipio cometer fraude? Pero creo que debe concederse cuando se obtenga alguna ganancia del fraude de quienes administran sus asuntos. Se concederá una acción por fraude contra Decurions como individuos.** (2) Además, **si el principal obtiene alguna ventaja por el fraude de su agente, se concederá una acción contra el primero por la cantidad que llegó a sus manos; porque no hay duda de que el agente es responsable de su propia conducta fraudulenta.**
17-parr (4.3)	17. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. **Si varias personas cometen fraude y una de ellas hace restitución**, todas quedarán libres de responsabilidad; y si uno de ellos paga una cantidad igual al daño causado, soy de parecer que los demás quedan en libertad.
18.3-5 (4.3)	18. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XI. (3) **Trebatius concede una acción por fraude en un caso en el que una parte prestó pesas falsas a sabiendas, con las que un vendedor podría pesar mercancías para un comprador**. Sin embargo, si entregó pesos que fueron demasiado pesados, el vendedor puede recuperar el exceso de la mercadería por una acción personal; y si entregó pesos que fueron demasiado ligeros, el comprador puede ejercitar acción de venta para la entrega del resto de las mercancías; a menos que se vendiera con la condición de que se pesara con aquellas pesas**, alegando que eran correctas el que las prestó con intención de defraudar.** 4) **Trebatius establece que se debe conceder una demanda por fraude contra una persona por cuyo engaño se perdió un derecho de acción por el transcurso del tiempo**; no para que el juez haga la restitución, sino para que el actor recobre

	daños y perjuicios por no extinguirse el interés que tenía en el derecho de la acción; porque si se tomaran otras medidas se eludiría la ley. (5) **Si alguien mata a un esclavo que me has prometido, muchas autoridades piensan con razón que se le debe conceder una acción basada en fraude;** porque usted está liberado en lo que respecta a mi responsabilidad, y por lo tanto se le negaría una acción sobre la Lex Aquilia.
19-parr (4.3)	19. Papiniano, Preguntas, Libro LVII. **Cuando un fiador mata un animal** que había sido prometido antes de que el comitente estuviera en mora en su entrega; Neratius Priscus y Julianus sostienen que se debe presentar una acción por fraude contra él; **puesto que el deudor, liberado, queda él mismo, en consecuencia, liberado de responsabilidad.**
20.1 (4.3)	20. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XI. Tu esclavo que te debía dinero y que no tenía medios para pagarlo, **por tu consejo me pidió dinero prestado y te lo pagó. Dice Labeo que se le conceda una acción por fraude, porque yo no pude valerme de una acción De Peculio, por no haber propiedad privada;** ni parece que se haya gastado nada en beneficio del amo, ya que lo recibió en pago de una deuda. (1) Si me persuadieres de que no existió ninguna sociedad entre ti y la persona de quien yo soy el heredero; y yo, por este motivo, permito que usted sea liberado de responsabilidad en la corte; **Julianus afirma que tengo derecho a una acción por fraude.**
21-parr (4.3)	21. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. **Si usted hizo un juramento a través de mi agencia, y es despedido, y luego se prueba que ha cometido perjurio; Labeo dice que se le debe conceder una acción por fraude**; pues Pomponio sostiene que el acto equivale a un compromiso, y Marcelo también sostiene esta opinión en el Libro Octavo del Compendio, ya que se debe prestar atención al carácter religioso de un juramento.
23-parr (4.3)	23. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro IV. Si un legatario, a quien se le legaron bienes además de lo prescrito por la Lex Falcidia, **persuade al heredero, que todavía ignora el valor de la herencia, ya sea por juramento o por algún otro engaño, que la herencia es ampliamente suficiente para pagar todos los legados, y por este medio obtiene el pago completo de su propio legado; se concederá una acción por fraude**.
24-parr (4.3)	24. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI.

	Si sucediere, **por acto doloso de parte que compareciere en favor de una persona que pretendiere obtener su libertad**; que se dicte decreto en favor de su libertad cuando no esté presente su adversario; **debe concederse inmediatamente contra él una acción por fraude,** porque una decisión dictada en favor de la libertad no puede ser reconsiderada.
25-parr (4.3)	25. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XI. **Cuando entable una demanda contra usted por una suma de dinero, y se haya acumulado la emisión, y usted me persuada falsamente de que ha pagado el dinero a mi esclavo o a mi agente, y sobre esta base haya obtenido la desestimación del caso con mi consentimiento;** hemos preguntado si se debe conceder una acción por fraude contra usted, y se sostuvo que una acción de este tipo no podía concederse, por la razón de que **yo podía obtener reparación de otra manera; porque yo podría volver a demandar, y** si se interpusiera una excepción basada en una sentencia anterior, podría legítimamente hacer uso de una réplica.
27-parr (4.3)	27. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XI. O que hubiera recibido, si no lo hubiera impedido el fraude que cometió.
28-parr (4.3)	28. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro IV. Por lo tanto, **si se le ha otorgado una liberación obtenida por usted fraudulentamente por una deuda, sin duda puede iniciarse una acción contra su heredero.** Pero si los bienes te han sido entregados de esta manera, y mueres, si los bienes existen, se puede iniciar un proceso contra tu heredero; y si no existe, esto no se puede hacer. Sin embargo, la acción se concede contra un heredero sin referencia a tiempo, porque no debe beneficiarse de la pérdida de otro. **De acuerdo con esto, debe concederse una acción de hecho, sin límite de tiempo, contra el culpable del fraude por la cantidad en que se enriqueció.**
32-parr (4.3)	32. Scaevola, Compendio, Libro II. Un hijo que había recibido un esclavo como legado preferente habiéndosele pedido que lo manumitiese después de cierto tiempo, con tal de que en el intervalo hubiera dado cuenta a dicho heredero y a sus hermanos que eran sus coherederos, dio la esclavo su libertad por manumisión antes de que transcurriera el tiempo y antes de rendir cuenta. Surgió la cuestión de si estaba obligado ante sus hermanos como fideicomisario a rendirles la cuenta de sus acciones. **Respondí que, puesto que había liberado a su esclavo, no era responsable ante sus hermanos como fideicomisario, pero que si se apresuraba a manumificarlo para evitar que rindiera cuenta a sus hermanos, entonces se podía entablar una acción contra él por causa de fraude.**

35-parr (4.3)	35. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXX. **Si alguien destruye un testamento dejado después de la muerte del testador, o lo mutila de cualquier manera, la persona mencionada en él como heredero tendrá derecho a una acción contra él por causa de fraude.** La misma acción debe concederse a aquellos a quienes se han legado legados.
36-parr (4.3)	36. Marciano, Reglas, Libro II. **Cuando dos personas han sido culpables de fraude, no pueden entablar acciones contra la otra por este motivo**.
37-parr (4.3)	37. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XLIV. Cuando un vendedor dice algo en elogio de su mercancía, se debe considerar que no ha dicho ni prometido nada**; pero cuando ha hecho tales declaraciones con el fin de engañar a un comprador, se sostiene con justicia que no surge ningún derecho de acción a causa de lo que ha dicho o prometido, pero que puede entablarse una acción por causa de fraude**.
38-parr (4.3)	38. Ulpiano, Opiniones, Libro V. Cierto deudor hizo que se enviara una carta a su acreedor, que parecía haber sido escrita por Titius, pidiéndole que lo liberara de la responsabilidad; **y el acreedor, engañado por esta carta, liberó al deudor por estipulación aquiliana y liberación. Si después se comprobare que la carta es falsificada o sin valor, el acreedor, si fuere mayor de veinticinco años, tendrá derecho a la acción por fraude,** y el menor obtendrá la completa restitución.
39-parr (4.3)	39. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro XXVII. **Si te ofreces a Ticio con respecto a algo de lo que no estás en posesión,** para que otro obtenga el uso de lo mismo; **y das seguridad de que se cumplirá la sentencia**, aunque seas puesto en libertad, **seguirás siendo responsable de fraude**; y esta fue la opinión de Sabinus.
40-parr (4.3)	40. Furius Anthianus, Sobre el Edicto, Libro XI. **El que engañe a alguien para inducirlo a entrar en una herencia que no sea suficiente para pagar a sus acreedores, será responsable de fraude**, a menos que él mismo sea el único acreedor; pues entonces será suficiente alegar una excepción por fraude contra él.
7.7 (4.4)	7.- Ulpiano, Del Edicto, Libro XI. (7) Pomponio también afirmó en el Libro Vigésimo Octavo, **que cuando una persona rechaza un legado sin que nadie sea culpable de fraude**, o se aprovecha

	para elegir entre dos legados, habiendo elegido el de menor valor; o cuando promete dar a un hombre una u otra de dos cosas, y le da la más valiosa, tiene derecho al alivio, y se le debe conceder.
7.8 (4.4)	Africanus, en el Edicto, Libro XI, plantea la cuestión sobre si se debe hacer una restitución completa a los menores, incluso cuando no obtienen beneficio, como cuando se vende la propiedad de un menor y alguien se presenta dispuesto a pagar más por ella. **Los pretores otorgan restitución todos los días en estas circunstancias, para que se puedan hacer nuevas ofertas. Lo mismo ocurre con respecto a la propiedad que debe ser preservada para los menores. Sin embargo, esto debe hacerse con mucho cuidado**, **de lo contrario, nadie asistiría a las subastas de la propiedad de los menores, incluso si se llevan a cabo de buena fe.** Es un principio que se debe aprobar completamente, que en relación a la propiedad expuesta a accidentes, no se debe otorgar al menor ninguna restitución en contra del comprador, a menos que se demuestre que hubo corrupción o evidente favoritismo por parte del tutor o curador.
9.2 (4.4)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. (2) Ahora debe considerarse si se debe otorgar alivio a los menores sólo cuando se les impone en contratos, o también cuando son culpables de delitos; por ejemplo, **cuando un menor cometió fraude con referencia a bienes depositados, prestados o sujetos a algún otro tipo de contrato**, ¿tendría derecho a reparación si nada llegara a sus manos a través de la transacción? Se sostiene que no se debe conceder desagravio a los menores culpables de infracciones de la ley; y por lo tanto, en este caso, no debe permitirse desagravio, porque cuando un menor comete un robo o causa daño a la propiedad, no tendrá derecho a desagravio. Donde, sin embargo, después de haber cometido la lesión pudo haber confesado y por lo tanto no ser considerado responsable de daños dobles, pero prefirió negar lo que había hecho; se le debe conceder la restitución sólo para que se le trate como si hubiera confesado. **Por lo tanto, si pudo reparar la pérdida causada por su robo, en lugar de ser demandado por daños dobles o cuádruples, se le otorgará reparación.**
11-parr (4.4)	11. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI. **La acción basada en el fraude, o la acción de equidad, recaerá en la cantidad a que el menor se interesó en que no se manumitiese el esclavo; por lo tanto**, **todo lo que podría haber tenido si no hubiera manumitido al esclavo ahora debe serle entregado.** Nuevamente, con referencia a aquellos artículos pertenecientes a su amo que el esclavo manumitido robó; existe derecho de acción contra él, para su producción, o para el hurto, o para la recuperación de lo robado; porque se apropió de ellos después de haber sido manumitido; en caso contrario, si el delito se cometió estando él en servidumbre, su amo no tendrá derecho a acción contra él después que haya obtenido su libertad. Esto está contenido en un Rescripto del Divino Severo.
13.1 (4-4)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XI.

	(1) En ocasiones, la restitución otorgada al menor es in rem, es decir, es contra del poseedor de su propiedad, aunque no se haya celebrado ningún contrato con él. Por ejemplo, si compraste una propiedad a un menor y luego la vendiste a otra persona, a veces el menor puede solicitar la restitución contra el poseedor para evitar perder su propiedad o ser privado de ella. En este caso, el asunto es escuchado por el Pretor o se anula la transferencia y se concede una acción in rem. Pomponio también afirma en el Libro Veintiocho que Labeo sostenía que si un menor menor de veinticinco años vendía un terreno y daba posesión, y el comprador lo disponía, entonces, si el segundo comprador fue informado de lo que se había hecho, se puede otorgar la restitución contra él, pero si desconocía los hechos y el primer comprador es solvente, esto no se hará; **pero si no es solvente, será más justo conceder alivio al menor, incluso contra el comprador que estaba desinformado, aunque haya comprado la propiedad de buena fe**.
14-parr (4-4)	14. Paulus, On the Edict, Book XI. Es evidente que mientras el comprador de la propiedad de un menor, o el heredero de dicho comprador, sea solvente, **no se debe dictar un decreto contra la parte que adquirió la propiedad de buena fe;** y ésta también es la opinión de Pomponio.
17-parr (4.4)	17. Hermogenianus, Epitomes of Law, Libro I. Los prefectos pretorianos también pueden otorgar restitución completa contra sus propias decisiones, aunque nadie puede apelar contra ellas. La razón de esta distinción es que una apelación equivale a una queja de que la decisión es injusta; y **la restitución completa incluye una petición de reparación del propio error de la parte, o una alegación de fraude de su adversario**.
24.1 &3 (4.4)	24. Paulus, Sentencias, Libro I. Pero cuando un menor se entromete voluntariamente en los negocios de una persona mayor de edad, tiene derecho a la restitución para evitar que la parte mayor de edad incurra en pérdidas; y si se niega a hacer esto, y luego es demandado por razón del negocio realizado, no tendrá derecho a restitución contra la acción; pero puede ser obligado a renunciar a su derecho a la completa restitución, para constituir al principal en agente de sí mismo, para que por este medio pueda reparar la pérdida que sufrió por el menor. (1) Sin embargo, las transacciones comerciales con menores no deben siempre ser rescindidas, sino que tales asuntos deben basarse en lo que es bueno y justo, para evitar que las personas de esta edad estén sujetas a grandes inconvenientes, ya que de lo contrario nadie contrataría con ellos; y, en cierta medida, quedarían excluidos de los asuntos comerciales. Por lo tanto**, el Pretor no debe interponer su autoridad a menos que haya pruebas manifiestas de fraude, o las partes hayan actuado con negligencia grave.**

	(3) **Cuando un esclavo, o el hijo de una familia, haya engañado a un menor, se debe ordenar al padre o al propietario que restituya lo que haya llegado a sus manos, y se debe pagar lo que no haya asegurado la posesión, fuera del peculio**. Si no se puede obtener satisfacción de ninguna de estas fuentes, y el esclavo fue culpable de fraude, debe ser azotado o entregado a modo de reparación. Sin embargo, cuando el hijo de una familia cometió fraude, debe dictarse sentencia contra él por ese motivo.
27.4 (4.4)	27. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro IV. (4) **La restitución también debe concederse contra aquéllos que no pueden ser procesados por causa de fraude**, a menos que sean personas que estén exceptuadas por alguna ley especial.
39.1 (4.4)	39. Scaevola, Compendio, Libro II. (1) Lucius Titius compró un terreno vendido por los curadores de un menor, y lo mantuvo en su posesión durante casi seis años, y mejoró mucho la propiedad. Pregunto si el menor tiene derecho de restitución total contra Titius, el comprador, si sus curadores son solventes. **Es mi opinión, por todo lo dicho, que el menor difícilmente tendría derecho a la restitución, a menos que prefiriera reembolsar al comprador de buena fe todos los gastos en que éste pudiera probar que había incurrido, y especialmente que pudiera fácilmente obtener alivio, ya que sus tutores eran solventes.**
45.1 (4.4)	45. Callistratus, Monitory Edict, Libro I. Labeo afirma que un niño por nacer tiene derecho a una acción de restitución, cuando ha perdido algo por usucapión (1) El emperador Tito Antonino declaró en un Rescripto **que cuando un menor alegaba que su adversario había sido despedido por el fraude de su tutor** y deseaba iniciar una nueva acción contra él, primero podía demandar a su tutor.
47-parr (4.4)	47. Scaevola, Opinions, Libro I. 69. **Un tutor, presionado por acreedores, realizó una venta de buena fe de los bienes de su pupilo, y la madre del pupilo protestó contra la venta ante los compradores.** Me pregunto, dado que los bienes fueron vendidos a solicitud de los acreedores y no se podría alegar razonablemente ninguna corrupción por parte del tutor, ¿tenía derecho el pupilo a una restitución completa? Respondí que se debe realizar una investigación para determinarlo, y por lo tanto, si existiera una causa justa para la restitución, no debería negarse debido a que el tutor no cometió ninguna falta.
41-parr (4.5)	39. Papinianus, Questions, Libro III. **En todas las acciones de buena fe**, cuando el día de pago del dinero no ha llegado y alguien solicita la ejecución de una obligación, se permitirá si se muestra una causa adecuada.
1.1 (4.6)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XII.

	(1) Los siguientes son los términos del Edicto: "**Cuando cualquier parte de la propiedad de una parte ha sido dañada** mientras estaba bajo coacción, o, **sin la existencia de fraude**, ausente al servicio del Estado, o en prisión o en servidumbre, o en poder del enemigo; o ha dejado transcurrir el tiempo para iniciar una acción, o cuando alguien ha adquirido la propiedad por el uso, u obtenido algo y lo ha perdido por falta de uso; o ha sido liberado de responsabilidad de ser demandado, por el transcurso del tiempo, y estando ausente, no fue defendido; o estuvo encadenado; o no había hecho ninguna disposición por la cual pudiera ser demandado; o, cuando no era lícito que se le hiciera entrar en tribunal contra su voluntad, no se le ofreció defensa; o cuando se apeló a un magistrado o a alguien que actuaba como magistrado, **y se perdió su derecho de acción, con cualquier fraude de su parte;** en todos estos casos concederé una acción dentro del año en que el partido tenía derecho a solicitarla, además, donde pareciera existir otra justa causa, **concederé la restitución total,** cuando así lo autoricen las leyes, los plebiscitos, los decretos del Senado o el edictos y las ordenanzas de los emperadores".
5-parr (5.6)	5. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XII. Lo mismo sería el caso en que se las arreglara para ausentarse o se cuidara de hacerlo, aunque no obtuviera de ello ningún beneficio; o si partió demasiado pronto; o cuando la causa de su ausencia tenga su origen en un pleito. **La adición de dolo se refiere a los ausentes al servicio del Estado,** y no a los ausentes por temor, **ya que no existe temor cuando se trata de fraude.**
11-parr (4.6)	11. Callistratus, Edicto Monetario, Libro II. También se concede alivio a aquellos que están en esclavitud, ya sea que, siendo hombres libres, **hayan servido como esclavos de buena fe**, o simplemente estén detenidos.
15.3 (4.6)	15. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XII. (3) Cuando el Pretor dice en el Edicto: "O después" sin más, debe entenderse que **si un poseedor de buena fe tuvo la propiedad antes de la ausencia del propietario,** y la posesión terminó a su regreso, tendría derecho a solicitar la restitución, pero no en cualquier momento, **sino sólo si esto sucedió poco después de su regreso**; es decir, durante el tiempo necesario para encontrar alojamiento, organizar su equipaje y buscar un abogado; porque Neratius afirma que aquél que pospone una solicitud de restitución no debe ser escuchado.
26.4 (4.6)	Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XII (4) El Pretor dice también: "**O donde su derecho de acción se tuvo por perdido, por el acto del magistrado, sin fraude alguno de su parte". ¿Cuál es el objeto** de esto? Es que puede concederse la restitución si se quita el derecho de acción por demoras causadas por el juez. Nuevamente, si no hay un magistrado disponible, Labeo dice que se debe otorgar la restitución. Donde el derecho de acción se "perdió por la acción del magistrado", debemos entender que esto se hizo cuando éste se negó a permitir que se archivara el caso; pero de lo contrario, cuando se hizo una investigación y él se negó a permitir que se iniciara la acción, la restitución

	no se aplica; y esta opinión la sostiene Servio. Además, el magistrado parece culpable si negó la solicitud por favor a la otra parte, o por corrupción; en cuyo caso, tanto esta sección como la anterior serán operativas, a saber: "O no hubiere hecho provisión por la cual pudiera ser demandado"; porque el litigante hizo esto cuando corrompió al juez para evitar ser demandado.
30.1 (4.6)	30. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XII. (1) Cuando una persona que ha estado ausente al servicio del Estado ha obtenido bienes por usucapión y luego los enajena, debe concederse la restitución; **y aunque no hubo fraude relacionado con su ausencia y su adquisición de la propiedad, se le debe impedir que se beneficie de ellos**. Además, en todos los demás casos, debe concederse la **restitución** como si se hubiera dictado sentencia contra él.
4.1 (4.7)	4. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XIII. (1) También puede suceder que la posesión se extinga **sin mala fe**, pero que se haya hecho con el propósito de alterar las condiciones del juicio, y hay muchos otros casos de este género. **Por otro lado, una parte puede renunciar fraudulentamente a la posesión y no haber actuado con el propósito de cambiar las condiciones del pleito;** y entonces no será responsable en los términos de este Edicto, porque no enajena la propiedad, quien simplemente renuncia a la posesión. El Pretor, sin embargo, no desaprueba el acto de una parte que estaba tan deseosa de renunciar a la propiedad para evitar que estuviera constantemente en litigio a causa de ella; y esto es, en efecto, una determinación muy modesta de quien detesta los pleitos, y no es de reprochar; pero el pretor sólo se ocupa de la parte que, queriendo conservar la propiedad, transfiere su parte en el caso a otro, para que éste, en lugar de sí mismo, cause problemas a su adversario.
4.3 (4.7)	4. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XIII. (3) Sin embargo, cuando alguien, por enfermedad, vejez o negocio necesario, transfiere su derecho de acción a otro, **éste no es un caso en el que sea responsable bajo este Edicto, ya que se hace mención de fraude en el Edicto;** porque, de lo contrario, estaría prohibido litigar por medio de agentes, ya que generalmente se les transfiere la propiedad cuando existe causa adecuada para hacerlo.
10.1 (4.7)	10. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XII. Porque si estando deudor, entrego los bienes por que me quisisteis demandar, este Edicto no tendrá aplicación. (1) Cuando el tutor de un pupilo o el curador de un demente enajene bienes, procederá la acción pretoriana, **porque no se puede presumir que ni el pupilo ni el demente puedan tener la intención de cometer fraude**.

23-parr (4.7)	23. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIII. Celso dice que si el árbitro manda hacer el pago para las calendas de septiembre, y éste no se hace, aunque se haya hecho después, no obstante, vencida la pena del arbitraje, no se extingue el derecho de acción, ya que es cierto que el dinero no se pagó antes de las calendas. Sin embargo, cuando la parte aceptó el pago cuando se le ofreció, no puede demandar la pena, **pero estará impedido por una excepción por causa de fraude.** Distinto es el caso en que sólo se le ordenó pagar.
31-parr (4.7)	31. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XIII. Cuando algo se hace en contravención de una estipulación, sólo puede demandarse por esta causa **cuando el hecho se ha cometido sin dolo por parte del que hizo el pacto; porque una acción puede entablarse bajo la estipulación sólo sobre la base de que nadie puede beneficiarse de su propio engaño**. Pero si se añade al convenio de arbitraje, "**Si algo se hiciere doloso en el asunto"**; **el que fue culpable de fraude puede ser demandado por la estipulación;** y, por tanto, si alguno corrompe a un árbitro con dinero o por solicitud indebida, o soborna al abogado de la otra parte, o a cualquiera de aquellos a quienes ha confiado su propio caso, puede ser demandado en la cláusula relativa al fraude, así como donde él, a través del artificio, saca lo mejor de su adversario. Y, por supuesto, si en alguna forma obra con engaño durante el pleito, se puede ejercitar la acción sobre la estipulación; por tanto, **si su adversario quiere ejercitar una acción por dolo, no debe hacerlo, ya que tiene derecho a ella en virtud de la estipulación**. Sin embargo, cuando una cláusula de este tipo no esté incluida en el acuerdo de arbitraje, entonces, procederá una acción por dolo o una excepción. Este sometimiento a arbitraje es completo, **porque menciona la cláusula relativa al fraude.**
32.14 (4.7)	Paulus, Sobre el Edicto, Libro XIII. (14) Cuando **un árbitro es evidentemente enemigo de una de las partes por otros motivos,** y se le pidió ante testigos que no emitiera un laudo y, sin embargo, insistió en hacerlo, aunque nadie lo obligó; **el Emperador Antonino, a quien se le hizo la solicitud, respondió a la queja de la parte que tenía derecho a una excepción por fraude malicioso**. El mismo Emperador, cuando se le pidió su consejo a un juez ante el que una de las partes había presentado una demanda por una multa, respondió que, aunque no se podía apelar, la demanda por la multa se vería impedida por una excepción por fraude malicioso; **por lo tanto, una excepción de este tipo es una especie de apelación**, ya que permite una nueva audiencia del laudo del árbitro.
3.1 (4.9)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XIV. (1) El Pretor dice: A menos que lo restablezcan, concederé una acción contra ellos. La acción derivada de este Edicto es una de factum. Consideremos, sin embargo, si esto es necesario, ya que el caso es uno en el que una parte puede proceder por una acción civil; es decir, cuando se trate de alguna compensación, procederá la

	acción basada en el arrendamiento o la contratación. Pero cuando se alquiló toda la nave, el que lo hizo puede demandar por este motivo, aun por las cosas que falten; pero si el capitán contrató el transporte de las mercancías, puede ejercitarse contra él la acción por razón del alquiler; y si recibió los bienes gratis, Pomponio dice que procederá una acción de depósito. Él, por lo tanto, se sorprende de que se introdujera una acción pretoriana, ya que las acciones civiles son aplicables; a no ser que, como dice, fue para hacer saber que el pretor estaba deseoso de comprobar la deshonestidad de esta clase de personas, **y porque en los casos de arrendamiento y arrendamiento, la persona es responsable de la negligencia, pero en los casos de depósito, sólo por fraude**; pero, según este Edicto, la parte que recibió los bienes es absolutamente responsable, aunque los bienes se hayan perdido o se hayan producido daños sin su culpa, a menos que ocurra algo que cause un daño inevitable. Por lo tanto, Labeo sostiene que, cuando algo se pierde por naufragio o por la violencia de los piratas, no es impropio conceder una excepción al propietario. Lo mismo debe decirse cuando se usa fuerza irresistible en un establo o en una posada.
3.5 (4.9)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XIV. (5) Consideremos, finalmente, si pueden iniciarse procedimientos por acción pretoriana por razón de bienes recibidos, y también por causa de hurto, por los mismos bienes. Pomponio tiene dudas sobre si puede hacerlo, pero la mejor opinión es que la parte debe contentarse con uno u otro de los dos procedimientos; es decir, ya sea la aplicación a la corte, **o una excepción por motivo de fraude**.

5. Libro 5: Sobre los testamentos.

Referencia	Cita del Digesto
41-parr (5.1)	41 Papiniano, Preguntas, Libro XI. En todas **las acciones de buena fe,** cuando no hubiere llegado el día del pago de dinero, y cualquiera hiciere solicitud de ejecución de fianza, se admitirá cuando acredite justa causa.
53-parr (5-1)	53. Hermogenianus, Epítomes de Derecho, Libro I. Existen sólo algunos casos en los que a los esclavos se les permite actuar contra sus amos; uno de ellos es cuando afirman que cierto testamento, por el cual alegan que se les legó su libertad, ha sido suprimido. También se les permite a los esclavos denunciar a sus amos cuando estos han retenido entregas de grano perteneciente al pueblo romano, así como declaraciones de bienes para fines de impuestos, y también por falsificación. Además, pueden iniciar acciones legales para obtener la libertad que les fue dejada en un fideicomiso, **y también cuando alegan que han sido comprados con su propio dinero y no manumitidos, en violación de la buena fe del acuerdo**. También, cuando un esclavo ha sido declarado libre por testamento al rendir cuentas, puede legalmente exigir un árbitro contra su amo, con el fin de examinar sus cuentas. **Si alguien ha**

	confiado en la buena fe de otro, con la comprensión de que sería comprado con el dinero del primero y manumitido cuando lo haya devuelto, y la parte dice que no está dispuesta a recibir el dinero cuando se le ofrece, se le otorga al esclavo el poder de revelar los términos del acuerdo.
64-parr (5.1)	64. Paulo, Disputas, Libro I. **El juez no hace una estimación de los daños por fraude** con referencia al interés de la parte que presenta la demanda, sino que se basa en lo que jura ante el tribunal; y no hay duda de que incluso un ladrón tiene derecho de acción sobre la base del depósito o préstamo para su uso.
74.2 (5.1)	74. Julianus, Digest, Libro V. (2) Cuando una vez consintí en defender a una parte ausente, y me uní a la cuestión **cuando el demandado ya estaba muerto, y fui derrotado y pagué los daños; surgió la pregunta de si el heredero fue liberado y también a qué tipo de acción tenía derecho contra él.** Respondí que la decisión no era válida, por estar ya muerto el deudor cuando se acumuló la emisión, y por tanto no se liberó al heredero; pero si la parte que hacía la defensa hubiera hecho el pago conforme a la sentencia, no pudiéndose recobrar el dinero, aun así, procedería a su favor una acción contra el heredero por razón del negocio hecho; **y ciertamente el heredero podía protegerse por una excepción basada en la mala fe, si el demandante le demandaba.**
7.1 (5.3)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XIV. (1) Sin embargo, los juicios relacionados con la libertad sólo se suspenden cuando se ha entablado controversia en un juicio por testamento inoficioso; pero si esto no se ha hecho, el juicio sobre la cuestión de la libertad no se pospondrá. Esto fue declarado por el Divino Pío en un Rescripto, cuando un cierto Liciniano fue llevado a juicio para determinar su estatus y, para evitar una decisión prematura sobre su estatus, se negó a comparecer en el juicio donde se debía tratar la cuestión de su libertad, argumentando que presentaría una controversia sobre la inoficiosidad del testamento y luego entablaría una acción para recuperar la herencia, porque alegaba que tanto la libertad como la herencia le fueron otorgadas por el testamento. El Divino Pío dijo que si Liciniano hubiera estado en posesión de la herencia, tendría un mejor derecho a ser escuchado, ya que entonces podría haber entablado la controversia en nombre de la herencia, y era discreción de la parte que afirmaba ser su amo proceder sobre la base de que el testamento era inoficioso; pero Liciniano no debería permanecer en esclavitud durante cinco años bajo el pretexto de la inoficiosidad del testamento, sobre lo cual él mismo no había entablado controversia. **Al final, el Emperador permitió al juez determinar en general si se había demandado de buena fe el juicio con respecto al testamento, y si determinaba que sí, se le debería conceder un tiempo razonable; y si no se hubiera entablado controversia**

	antes de que este tiempo transcurriera, se ordenaría al juez que cumpliera con sus deberes en el juicio que involucra la cuestión de la libertad.
13.4 (5.3)	Ulpianus, On the Edict, Book XV. (4) ¿Cómo sería si una persona hubiera comprado una propiedad? ¿Debería concederse una acción pretoriana para recuperar la propiedad en su contra para evitar que sea molestado por demandas separadas? Es cierto que el vendedor es responsable. **Pero supongamos que no aparece ningún vendedor, o que éste dispone de la propiedad por una pequeña cantidad de dinero y era un poseedor de buena fe**; ¿se puede recurrir al comprador? Gayo Casio piensa que se debería conceder una acción pretoriana.
13.13 & 14 (5.3)	13. Ulpiano, Del Edicto, Libro XV (13) La acción para la recuperación de una herencia puede ejercitarse no sólo contra la persona que posee bienes que pertenecen a la herencia, sino incluso si no posee nada; y debe considerarse si no posee nada y se ofrece a defender el pleito él mismo, si no se hace responsable. Celso afirma en el Cuarto Libro del Digesto **que es responsable por fraude; porque cualquiera que, por sí mismo, se ofrece a defender un juicio de esta clase, obra fraudulentamente**. Esta opinión es generalmente aprobada por Marcelo en sus comentarios sobre Juliano, porque dice que todo el que se ofrece voluntariamente a defender un pleito para la recuperación de una herencia es responsable como si estuviera en posesión de la misma. (14) **Además, cuando alguien es culpable de fraude para evitar estar en la posesión, estará sujeto a una acción para la recuperación de una herencia**. Sin embargo, donde yo pierdo la posesión por fraude, y otro la obtiene y está dispuesto a defender una acción, Marcelo en el Libro Cuarto del Digesto discute el punto de si el derecho a la indemnización no se extingue frente a una parte que ha cesado estar en posesión; y dice también que se extingue a menos que el actor tenga interés en sentencia contraria. Afirma positivamente que si la parte está dispuesta a entregar los bienes, se extingue indudablemente el derecho a la acción de daños y perjuicios; **pero si el que renuncia fraudulentamente a la posesión es demandado ante el otro, el poseedor no quedará libre de responsabilidad**.
18-parr (5.3)	Ulpianus, On the Edict, Book XV. (18) También se debe considerar, **cuando el poseedor de una propiedad realiza una venta a través de un corredor, y este último pierde el dinero, si es responsable de una demanda de recuperación, ya que no tiene nada y no puede obtener nada**. **Labeo cree que es responsable, porque confió imprudentemente en el corredor bajo su propio riesgo**. Sin embargo, Octavenus dice que sólo debe ceder sus derechos de acción, ya que es responsable de una demanda para recuperar estos derechos. **A mi parecer, la opinión de Labeo es correcta en el caso de un poseedor de mala fe**, pero la de Octavenus es la que debe adoptarse cuando el **poseedor es de buena fe**.
20.6 (5.3)	20. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XV. (6) Además de estos puntos, encontramos muchos otros discutidos con referencia a los juicios para la recuperación de herencias; a la venta de bienes pertenecientes a personas fallecidas; **al fraude** que se haya cometido; y a las ganancias.

20.11 (5.3)	(11) Con referencia a la cláusula, "La acción para la recuperación de la herencia debe considerarse iniciada tan pronto como", etc., esto significa tan pronto como la parte sepa que se le exige la herencia, **porque tan pronto como se entera de esto, inmediatamente se convierte en poseedor de mala fe,** es decir, "Tan pronto como fue notificado". ¿Cuál sería el caso, sin embargo, si él estaba al tanto del hecho y todavía nadie se lo notificó? ¿Estará obligado a reembolsar los intereses sobre el dinero recibido por la venta de la propiedad? **Creo que lo hará, porque entonces se convierte en poseedor de mala fe**. Pero supongamos que ha sido notificado, pero no lo sabía, porque el aviso no se le hizo a él mismo sino a su agente. El Senado requiere que él mismo sea notificado; y por lo tanto no será afectado a menos que la parte a quien se le haya dado aviso le informe; pero cuando el agente pudo hacerlo y no lo hizo, no será responsable. El Senado no dijo por quién debe ser notificado el partido, y por tanto quién lo haga hará responsable al que notificó.
20.12 (5.3)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XV. Ulpianus, On the Edict, Book XV. (20) **Estas cosas se refieren a los poseedores de buena fe**, ya que el Senado mencionó a aquellos "que creyeron ser herederos"; pero **cuando una persona vende una propiedad que sabe que no le pertenece, entonces, sin lugar a dudas, tanto el precio de compra de la propiedad como la propiedad misma y los beneficios de la misma, se incluyen en la demanda de recuperación**. **Sin embargo, el emperador Severo, en una epístola a Celer, parece haber aplicado esta regla también a los poseedores de mala fe;** aunque el Senado sólo mencionó a aquellos que creían ser herederos; a menos que interpretemos las palabras en relación con aquellos artículos que era conveniente vender porque constituían una carga, más que un beneficio para la propiedad, de manera que pudiera quedar a discreción del demandante seleccionar qué reclamación podría presentar contra el poseedor de mala fe; ya sea que le exija la propiedad y los beneficios de la misma, o el precio de compra y los intereses, después de iniciado el proceso.
20.17 (5.3)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XV. Ulpianus, On the Edict, Book XV. (17) (17) El Senado dice que está decretado que, "Cuando se inicie una demanda contra cualquier persona para la recuperación de un patrimonio, y se dicte sentencia en su contra, el dinero de compra que recibieron por la venta de bienes pertenecientes a dicho patrimonio debe ser entregados por ellos; aun cuando tales bienes hayan sido destruidos o disminuidos en valor antes de que se presentara la demanda". **Cuando un poseedor de buena fe vende los bienes de una finca, haya recibido o no el dinero de la compra, debe devolver el precio, porque tiene derecho de acción**; pero donde tiene derecho de acción, bastará con que ceda ese derecho.
20.21 (5.3)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XV. (21) El poseedor debe devolver el precio de compra, ya sea que la propiedad se haya destruido o disminuido en valor. Pero, ¿**está obligado a reembolsarlo sin distinción, si es el poseedor de buena fe, o incluso de mala fe**? Si la propiedad todavía existe y está en posesión del comprador, y no se ha destruido ni deteriorado; entonces, sin duda, **un poseedor de mala fe debe entregar la propiedad real**, o, si es absolutamente incapaz de recuperarla del comprador, debe pagar tanto como se jure que vale la propiedad en el tribunal. Sin embargo, cuando la propiedad se pierde o se deteriora, se debe pagar el valor real, porque si el demandante hubiera obtenido la propiedad, podría haberla vendido y no habría perdido su valor real.
22-parr (5.3)	22.- Paulus, Sobre el Edicto, Libro XX. **En el caso de un poseedor de buena fe que ha obtenido tanto la propiedad como el precio de compra de la misma**, por ejemplo, porque compró la misma cosa, ¿debería ser escuchado si prefiere entregar la propiedad

	y no el precio de compra? Sostenemos que en el caso de un depredador, el demandante tiene la elección; pero, en este caso**, el poseedor tiene un mejor derecho a ser escuchado si desea entregar la propiedad en sí, aunque esté deteriorada; pero si el demandante desea tener el precio de compra, no debería ser escuchado, porque tal deseo es considerado impudente**; ¿o debemos considerar que, dado que el comprador se ha enriquecido con la propiedad incluida en la herencia, debe entregarla junto con el exceso del precio de compra sobre su valor actual? En un discurso del Divino Adriano se dice lo siguiente: "Padres conscriptos, examinen si es más equitativo que el poseedor no obtenga ganancias, sino que entregue el precio de compra que recibió por la venta de propiedad ajena, ya que se puede decidir que el precio de compra ocupa el lugar de la propiedad de la herencia que fue vendida y, hasta cierto punto, se convierte en parte de los bienes de dicha herencia". **Por lo tanto, se requiere que el poseedor entregue al demandante no sólo la propiedad en sí, sino también la ganancia que obtuvo por la venta de la misma**.
23-parr (5.3)	Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XV. **Se debe considerar si se requiere que un poseedor de buena fe entregue todo el precio de compra, o si sólo debe hacerlo en los casos en los que se haya enriquecido con él;** supongamos, por ejemplo, que después de recibirlo, lo haya perdido, gastado o regalado. La expresión "llegó a sus manos" es de significado dudoso, ya sea que sólo se aplique a lo que había al principio, o a lo que queda; y creo que la siguiente cláusula en el decreto del Senado también es ambigua, y **que no se puede hacer ninguna reclamación excepto cuando la parte se haya beneficiado financieramente.**
25.7 (5.3)	25. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XV. (7) El Decreto dice: "Aunque deban hacerlo antes de juntarse la emisión"; y esto se ha añadido por el hecho de que, juntada la emisión, **todos los poseedores quedan obligados por la mala fe**; y, de hecho, este es el caso después de que se han iniciado los procedimientos. Aunque se hace mención de la acumulación de emisión en el Decreto del Senado, sin embargo, tan pronto como se ha iniciado el procedimiento, todos los poseedores están en un mismo pie, y son responsables como saqueadores, y hacemos uso de esta regla en el presente. Por tanto, tan pronto como la parte es llamada a rendir cuentas, se da cuenta de que los bienes de los que está en posesión no le pertenecen; y, **de hecho, cuando un hombre es un saqueador, será responsable por el hecho de fraude antes de que se acumule la emisión, porque esto sería una especie de fraude que ya se ha cometido**.
25.11 (5.3)	Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XV (11) **El Senado intentó favorecer a los poseedores de buena fe, para evitar que se les sometiera a una pérdida del monto total y sólo se les considerara responsables en la medida en que se hubieran enriquecido**; por lo tanto, cualquier gasto que causaron a la herencia, ya sea por desperdiciar o perder alguna propiedad, si pensaban que estaban malgastando lo que les pertenecía, no se les obligará a hacer restitución; ni se considerará que se han enriquecido si han regalado algo, aunque hayan puesto a alguien bajo una obligación natural de remunerarlos. Es evidente que si han aceptado alguna recompensa a cambio, se debe considerar que se han enriquecido en la cantidad recibida; ya que esto sería una especie de intercambio.
25.17 (5.3)	Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XV (17) Además, **si el poseedor de buena fe vende bienes de la herencia y no se enriquece más con el precio de compra,** ¿tiene el demandante derecho a recuperar ciertos artículos del comprador, si aún no ha adquirido el título de ellos a través de la usucapión? Y si él entabla una demanda para su recuperación, ¿puede ser excluido por esta excepción; ("Dado que la herencia no debe

	ser perjudicada por ninguna disputa surgida entre el demandante y la parte que realizó la venta, sobre la base de que el precio de dichos bienes no se considera incluido en la acción entablada para la recuperación de una herencia"), e incluso si el comprador pierde su caso, ¿tiene derecho a reembolso por parte de la parte que realizó la venta? **Yo opino que se puede recuperar la propiedad, a menos que el comprador pueda recurrir al poseedor de buena fe.** Pero ¿qué sucede si la parte que realizó la venta está dispuesta a plantear una defensa, para permitir que se le demande, como si estuviera en posesión? En este caso, se aplicaría una excepción por parte del comprador. Es cierto que si la propiedad se vendió a un precio bajo y el demandante la recupera, sin importar cuál sea el monto, entonces aún más se puede decir que él estará excluido por una excepción. **Porque si el poseedor recauda algo de los deudores de la herencia y paga el dinero al demandante, Juliano dice en el Cuarto Libro del Digesto, que dichos deudores quedan exonerados de responsabilidad, ya sea que el individuo que cobró las deudas fuera un poseedor de buena fe o un saqueador, y que son liberados por ley**.
28-parr (5.3)	28. Paulus, On the Edict, Book XX. Según el Decreto del Senado, se debe sostener que **cualquier tipo de beneficio debe ser incluido, ya sea que se obtenga de un poseedor de buena fe o de un depredador**.
30-parr (5.3)	Paulo, Sobre el Edicto, Libro XX. Juliano establece que un demandante debe elegir si va a reclamar únicamente el principal o también los intereses, asumiendo el riesgo de asignar los derechos de acción. **Pero, según esto, no observaremos lo que el Senado pretendía que ocurriera, que era que un poseedor de buena fe debería ser responsable por la cantidad en la que se enriqueció;** y ¿qué sucedería si el demandante elige tomar el dinero que el demandado no pudo retener? Por lo tanto, **se debe decir con respecto a un poseedor de buena fe que solo está obligado a pagar el principal y los intereses correspondientes, si los recibió**, o asignar su derecho de acción por la cantidad que aún le adeudan; pero, por supuesto, bajo el riesgo del demandante.
31-parr, 3&5 (5.3)	Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XV. Si el poseedor ha pagado a algunos acreedores, tendrá derecho a incluir estos pagos, incluso si no liberó efectivamente a la parte que presentó la acción de recuperación; porque cuando alguien hace un pago en su propio nombre y no en nombre del deudor, no libera al deudor. Por lo tanto, Julianus dice en el Sexto Libro del Digesto que el poseedor sólo puede ser acreditado en tales circunstancias si ofrece garantías de que defenderá al demandante contra los acreedores. **Sin embargo, debe considerarse si un poseedor de buena fe está obligado a dar garantías de que el demandante será defendido, porque no parece haberse enriquecido por los pagos que hizo; a menos que él pueda tener un derecho de acción para recuperarlos, y en este sentido parece estar enriquecido, porque puede presentar una demanda para recuperar el dinero; por ejemplo, cuando cree ser el heredero y pagó lo que se debía por cuenta propia. Me parece que Julianus estaba pensando únicamente en un saqueador que debe dar garantías, y no en un poseedor de buena fe**; **sin embargo, este último debe ceder su derecho de acción**. Cuando el demandante es demandado por los acreedores, debe utilizar una excepción. (3) Así como puede deducir los gastos en los que incurrió, de la misma manera, si debía haber incurrido en gastos y no lo hizo, **debe responder por su negligencia, a menos que sea un poseedor de buena fe**; y entonces, como

	descuidó su propio negocio, por así decirlo, ninguna demanda puede ser presentada en su contra antes de la demanda para la recuperación de la propiedad; pero después de ese momento, él mismo es un saqueador. (5) **Veamos si un poseedor está obligado a devolver lo que se le ha pagado. Ya sea que fuera un poseedor de buena fe o no**, está establecido que debe hacer la restitución, y si lo hace (como lo afirma Casio, y también Julianus en el Sexto Libro), **los deudores son liberados por ley**.
35.3-5 (5.3)	Gaius, Sobre el Edicto Provincial, Libro VI. (3) Cuando un saqueador abandona fraudulentamente la posesión y la propiedad se destruye de la misma manera que si hubiera permanecido en posesión en las mismas circunstancias; entonces, considerando las palabras del Decreto del Senado, la posición del saqueador es preferible a la del poseedor de buena fe; porque el primero, si abandona fraudulentamente la posesión, puede ser condenado como si todavía estuviera en posesión, y no se agrega en el decreto: "Si la propiedad se destruye". **Sin embargo, no hay duda de que la posición del saqueador no debe ser mejor que la del poseedor de buena fe. Por lo tanto, si la propiedad produce más de lo que vale, el demandante debería tener el derecho de elegir si toma o no el precio de compra; de lo contrario, el saqueador se beneficiará hasta cierto punto.** (4) **Existe cierta duda sobre el momento en que un poseedor de buena fe se enriqueció**; pero la opinión más acertada es que se debe considerar el momento en que se decidió el caso en este caso. (5) Con respecto a las ganancias, se entiende que los gastos incurridos en la producción, recolección y conservación de las propias ganancias deben ser deducidos, y esto **no sólo se exige positivamente por motivos de justicia natural en el caso de los poseedores de buena fe, sino también en el caso de los saqueadores**, como también sostuvo Sabinus.
36.3&5 (5.3)	36. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XX. (3) Cuando un saqueador **abandona fraudulentamente la posesión y la propiedad se destruye** de la misma manera que se habría destruido si él hubiera permanecido en posesión en las mismas circunstancias; entonces, considerando las palabras del Decreto del Senado, **la posición del saqueador es preferible a la del poseedor de buena fe**; porque **el primero, si abandona fraudulentamente la posesión, puede ser condenado como si aún estuviera en posesión**, y no se añade en el decreto: "Si la propiedad se destruye". **Sin embargo, no cabe duda de que la posición del saqueador no debe ser mejor que la del poseedor de buena fe**. Por lo tanto, si la propiedad se vende por más de su valor, el demandante debería tener el derecho de elegir si acepta o no el precio de compra; de lo contrario, el saqueador se beneficiará en cierta medida. (5) Con referencia a las **ganancias, se entiende que deben deducirse los gastos incurridos en la producción, recaudación y conservación de las ganancias**

	mismas, y esto no sólo se exige positivamente por razón de justicia natural en el caso de poseedores de buena fe, sino también en el de los saqueadores, como también ostentaba Sabino.
37-parr y(5.3)	37. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XV. Cuando una persona ha incurrido en gastos y no ha obtenido ningún beneficio, es perfectamente justo que el gasto se tenga en cuenta en el caso de los poseedores de buena fe.
38-parr (5.3)	Paulo, Sobre el Edicto, Libro XX. **En el caso de otros gastos necesarios y útiles, es evidente que estos pueden separarse, de modo que los poseedores de buena fe puedan recibir crédito por los mismos, pero el saqueador sólo puede culparse a sí mismo si gastó conscientemente dinero en la propiedad de otro**. Sin embargo, es más indulgente sostener que, en este caso, se deben permitir las cuentas de sus gastos, ya que el demandante no debe beneficiarse por la pérdida de otro, y es parte del deber del juez ocuparse de esto; pues no se necesita ninguna excepción basada en el fraude. Está claro que puede existir la siguiente diferencia entre las partes, ya que **el poseedor de buena fe puede, en todas las circunstancias, deducir sus gastos, aunque el asunto en el que se incurrieron ya no exista, al igual que un tutor o un curador pueden obtener una compensación por los suyos; pero un saqueador no puede hacerlo, excepto cuando la propiedad se mejora a través del gasto realizado**.
39.1 (5.3)	Gaius, Sobre el Edicto Provincial, Libro VI. Los gastos se consideran útiles y necesarios cuando se incurren con el propósito de reparar edificios, en viveros de árboles, o cuando se pagan daños en relación a esclavos, ya que es más ventajoso realizar un pago que entregar al esclavo; y está claro que debe haber muchas otras causas para gastos de este tipo. (1) Sin embargo, examinemos si también podemos beneficiarnos de una excepción por fraude en relación a los gastos en cuadros, estatuas y otras cosas adquiridas por placer, **siempre y cuando seamos poseedores de buena fe**; porque aunque se puede decir con toda razón a un saqueador que no debería haber incurrido en gastos innecesarios en la propiedad de otro, aún así, siempre debe tener el poder de remover todo lo que se pueda llevar sin causar daño a la propiedad misma.
40-parr &1 (5.3)	Paulo, Sobre el Edicto, Libro XX. La declaración también contenida en el Discurso del Divino Adriano, a saber: "Que después de que se haya unido la controversia, debe entregarse al demandante lo que habría tenido si la propiedad le hubiera sido entregada en el momento en que entabló la demanda", a veces resulta difícil. ¿Qué sucedería si, después de que se haya unido la controversia, esclavos, animales de carga o ganado murieran? **En este caso, la parte, de conformidad con los términos del**

	Discurso, debe indemnizar al demandante, porque este último los habría podido vender si la propiedad le hubiera sido entregada. Proculus sostiene que esto sería apropiado cuando se presenta una demanda para recuperar artículos específicos, pero Casio piensa lo contrario. La opinión de Proculus es correcta en lo que respecta a un saqueador, y la de Casio es correcta en el caso de poseedores de buena fe; pues un poseedor no está obligado a proporcionar seguridad contra la muerte, ni, por temor a tal accidente, dejar imprudentemente su propio derecho indefenso. (1) El saqueador no tiene derecho a ninguna ganancia que obtenga, pero aumenta el patrimonio; por lo tanto, debe entregar todo lo que se haya obtenido por medio de las ganancias mismas. **En el caso de un poseedor de buena fe, sólo se incluirán en la restitución aquellas ganancias mediante las cuales el poseedor se ha enriquecido, como un aumento del patrimonio**.
48-parr (5.3)	48. Javoleno , Sobre Casio, Libro IV. En la tasación del valor de una hacienda debe incluirse el precio de compra obtenido por su venta, así como la suma de lo demás que valiere, si se hizo por razón de negocio; **pero cuando se enajene conforme a los términos de un fideicomiso, no se incluirá más que lo que la parte adquirió de buena fe.**
49-parr (5.3)	49. Papiniano , Preguntas, Libro III. **Cuando un poseedor de buena** fe quiera entablar un proceso contra los deudores de una herencia, o contra los que posean bienes pertenecientes a ella, debe por todos los medios ser oído, si hay peligro de perder cualquier derecho de acción por demora. El demandante, sin embargo, puede ejercitar la acción real para la recuperación de la herencia sin temor a que se le conceda una excepción. Pero, ¿qué sucede, por ejemplo, si el poseedor de la herencia es negligente o sabe que no tiene ningún derecho legal?
50.1 (5.3)	50. La Misma, Preguntas, Libro VI. Una herencia puede existir bajo la ley aunque no incluya nada corporal. (1) **Cuando un poseedor de buena fe** erige un monumento a una persona fallecida con el propósito de cumplir con una condición, puede decirse que, debido a que se observa el deseo del difunto en este asunto, si el gasto de erigir un monumento no exceda de una cantidad razonable, o más de la que el testador ordene gastar para este fin**, la parte de quien se recobre la herencia tendrá derecho a retener la cantidad gastada, alegando una excepción basada en el fraude**; o puede recobrarlas por pleito por motivo de negocio hecho, o, por así decirlo, por atender asuntos relacionados con la herencia. Aunque por el estricto estado de derecho los herederos no están sujetos a ninguna acción para obligarlos a erigir un monumento, aún así, pueden ser obligados por la autoridad imperial o pontificia a cumplir con la última voluntad del difunto.

55-parr (5.3)	55. Julianus, Compendio, Libro LX. Cuando una herencia ha sido recuperada por juicio, el poseedor de buena fe estará obligado a entregar lo que haya cobrado bajo la Lex Aquilia , no sólo hasta el límite del valor simple, sino hasta el doble; porque no debe sacar provecho de lo que recogió a cuenta de la herencia.

6. Libro 6: Sobre la posesión y la propiedad.

Referencia	Cita del Digesto
3-parr (6.1)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVI. Marcelo afirma en el Cuarto Libro del Digesto, que un hombre tenía un rebaño de trescientas cabezas de las cuales perdió cien, y compró un número igual de otras a una persona que los poseía, **o era el poseedor de buena fe, aunque ellos pertenecían a otra persona**; estos animales también dicen que serán incluidos en el juicio de recuperación; y aun cuando no queden otros, **excepto los que han sido comprados**, todavía puede incluirlos en su pleito para recuperar el rebaño.
1-parr (6.1)	18. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro VII. Cuando el poseedor hubiere obtenido un derecho sobre un esclavo por usucapión, después de juntada la sucesión**, deberá entregarlo y dar caución para indemnizar al demandante contra el fraude,** en lo que a él se refiere; porque hay peligro de que lo haya empeñado o lo haya manumitido.
18- parr (6.1)	12. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro VII. Cuando, en efecto, **el demandado es poseedor de mala fe que obtuvo la cosa en otro luga**r, se aplica la misma regla; pero si la quitó del lugar donde se unió la descendencia y la llevó a otro lugar, debe, a su costa, entregarla en el lugar de donde la sacó.
20-parr (6.1)	20. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro VII. Además, el poseedor debe entregar también lo que hubiere obtenido por medio del esclavo después de juntada la descendencia, pero no lo que hubiere adquirido por medio de sus propios bienes, en los cuales se incluyen las herencias y legados por él obtenidos por medio del esclavo; porque no basta

	que solo se entregue su cuerpo, sino que es necesario que se entregue también todo lo relacionado con la propiedad; es decir, que el demandante debe tener todo lo que habría llegado a poseer si el esclavo le hubiera sido entregado en el momento en que se juntaron las cuestiones. Por tanto, los hijos de la esclava deben ser entregados, aunque hayan nacido después que el poseedor adquirió por usucapión el dominio de la madre; es decir, después de la acumulación de la emisión, **en cuyo caso el parto y la prestación de la garantía contra el fraude deben efectuarse con referencia tanto al hijo como a la madre**.
21-parr (6.1)	21. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXI. **Cuando un esclavo se escapa de un poseedor de buena fe**, podemos preguntarnos si el esclavo era alguien que debería haber sido protegido. Porque si parecía haber sido de buena reputación para que no se le tuviera bajo custodia**, el poseedor debe quedar libre de responsabilidad**; pero si entretanto ha obtenido el dominio de él por usucapión, debe ceder sus derechos de acción al demandante, y entregar las ganancias obtenidas mientras estuvo en posesión del esclavo. Pero si aún no ha obtenido la propiedad de él por usucapión, debe ser puesto en libertad sin dar seguridad, para que no tenga que vincularse al demandante para perseguir al esclavo; como puede hacerlo el propio demandante; pero, mientras tanto, mientras el esclavo está en fuga, ¿puede hacerse dueño de él por usucapión? Pomponio dice en el Libro Trigésimo Noveno del Edicto que esto no es injusto. *Pero si el esclavo hubiere sido custodiado, el poseedor responderá por el esclavo*; de modo que, aunque no hubiera adquirido el dominio de él por usucapión, el actor debe cederle sus derechos de acción. Juliano, sin embargo, piensa en casos de este tipo, que cuando el poseedor del esclavo está libre de responsabilidad a causa de su huida, **aunque no está obligado a proporcionar seguridad para perseguirlo, debe dar una fianza que si debe asegurar él, él lo entregará**. Pomponio aprueba esta opinión en el Libro Trigésimo Cuarto de Varios Pasajes, y es la mejor.
22-parr (6.1)	22. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVI. Si el esclavo se escapa por fraude del poseedor, se le juzgará como si estuviera en posesión.
23.4 (6.1)	23. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXI. (4) Por tanto, en todos estos casos en que mi propiedad atrae hacia sí la propiedad de otro por superioridad, se convierte en mía; y si traigo demanda para recuperarlo, **puedo ser obligado por una excepción por causa de fraude**, a pagar el aumento de valor de la cosa.
23.7 (6.1)	23. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXI. (7) Además, cuando alguien construye una casa en su propio terreno con piedra que pertenece a otro, ciertamente puede demandar para recuperar la casa; pero el antiguo propietario también puede ejercitar la acción de recuperación de la

	piedra, si se la saca, aunque la casa haya sido demolida después de transcurrido el tiempo necesario para la usucapión, **con posterioridad a la fecha en que la casa pasa a posesión de un comprador de buena fe**; porque las piedras individuales no se adquieren por usucapión, aunque el edificio pase a ser propiedad de otro por el transcurso del tiempo.
27.1 (6.1)	27. Paulo, Del Edicto, Libro XXI. (1) Una parte debe estar en posesión no sólo cuando se acumula la cuestión, sino también cuando se dicta la decisión. Si estaba en posesión en el momento en que se acumuló la cuestión, **pero la perdió sin fraude de su parte cuando se decidió el caso, debe ser liberado de responsabilidad.** Además, si no estaba en posesión en el momento en que se acumuló la cuestión, pero tenía posesión cuando se decidió el caso, se debe aceptar la opinión de Próculo, a saber: que, por todos los medios, se debe dictar una decisión en su contra, y por lo tanto todos los beneficios desde el momento en que adquirió la posesión se incluirán en la sentencia.
27.3 (6.1)	27. Paulo, Del Edicto, Libro XXI. (3) Una parte que, antes de la acumulación de la emisión, **ha renunciado fraudulentamente a la posesión de la propiedad, está sujeta a una acción real**; y esto puede deducirse de un decreto del Senado por el cual se dispone, como ya hemos dicho, **que el dolo anteriormente cometido se incluye en la demanda de recuperación de una herencia; porque si el fraude que se ha cometido está incluido en tal acción, que en sí misma es real, por lo tanto, es absurdo que el fraude ya cometido se incluya en una acción real para la recuperación de algún artículo específico**.
37-parr (6.1)	37. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVII. Julianus dice en el Libro Octavo del Digesto que **si construyo en el terreno de otro del cual soy el comprador de buena fe, pero lo hago en un momento en que sabía que el terreno pertenecía a otro, debemos considerar si no tengo derecho a una excepción**; a menos que alguien pueda decir que tengo derecho a una excepción debido a que anticipé una pérdida. Sin embargo, creo que esa persona no tiene derecho a una excepción; **porque tan pronto como tuvo certeza de que el terreno pertenecía a otro, no debió haber construido el edificio**; pero se le debe conceder permiso para desmontar el edificio que construyó, si lo hace sin causar pérdidas al propietario del terreno.
45-par (6.1)	45. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXVIII. Cuando un esclavo es devuelto al demandante después de haberse presentado una acción para su recuperación, **y esto fue hecho por un poseedor de buena fe**, creo que **este último debería proporcionar una garantía sólo contra la malicia, mientras que otros poseedores deberían proporcionar una garantía contra la negligencia** también. Incluso un poseedor de buena fe debe ser incluido entre ellos, después de que se haya entablado controversia.

48-parr (6.1)	48. Papinianus, Opiniones, Libro II. **Cuando un poseedor de buena fe ha incurrido en gastos relacionados** con un terreno que claramente pertenece a otra persona, no puede presentar una acción para recuperar dichos gastos de quien le entregó el terreno o del propietario del mismo. **Sin embargo, a través de una excepción basada en el fraude [dolo],** puede ser reembolsado por dichos gastos por orden del tribunal, en consideración equitativa. Es decir, cuando los gastos superan la cantidad de los beneficios obtenidos antes de entablar la controversia, ya que si se permite una compensación, se requerirá al propietario que devuelva la cantidad que excede a los beneficios, si el terreno se ha beneficiado.
62-parr (6.1)	62. Papiniano, Preguntas, Libro VI. **Cuando por una nave se demanda contra un poseedor de mala fe, debe hacerse una estimación de los beneficios, lo mismo que en el caso de los comercios y terrenos que ordinariamente se arriendan**. Esto no es contrario a la regla de que un heredero no está obligado a pagar intereses sobre el dinero que ha sido depositado pero que no maneja; porque si bien es cierto que el flete, como el interés, no se deriva de la naturaleza sino que es cobrable por ley; sin embargo, el flete puede exigirse en este caso, porque el poseedor de la nave no está obligado a ser responsable ante el demandante por el riesgo, pero el dinero se presta a interés por cuenta y riesgo del prestamista.
65.1 (6.1)	65. Papiniano, Opiniones, Libro II. **Si el que compró un terreno a quien no era su dueño interpone una excepción por causa de fraude,** no estará obligado a entregar el terreno al propietario, a menos que el dinero que se pagó a un acreedor que tenía el terreno en prenda por las deudas, junto con el interés por el tiempo intermedio, es recobrado por él, es decir, siempre que el interés sea mayor que las ganancias que recobró antes de que se presentara la demanda, ya que sólo pueden compensarse con los intereses vencidos recientemente sobre el principal ; ya que es justo que se permitan gastos como en el caso de mejoras de terreno.
3.1 (6.2)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVI. Y hay muchas otras disposiciones de la ley en el mismo sentido. (1) El Pretor dice: Él puede demandar por una buena razón¨; **y la Acción Publiciana no sólo está disponible por un comprador de buena fe, sino también por otros**; como, por ejemplo, por uno a quien la propiedad ha sido transferida por vía de dote, y que aún no ha sido adquirida por usucapión; porque existe muy buena causa de acción, haya sido tasada o no la cosa dada en dote. Asimismo, cuando la propiedad se transmita a causa de una sentencia
7.11-17 (6.2)	7. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVI.

	(11) El Pretor dice: "**Quien compra de buena fe**"; por tanto, no es toda compra la que puede aprovecharse de la acción, sino sólo la hecha de buena fe; por lo que basta con que yo sea comprador de buena fe, aunque no compre al dueño, **aunque me haya hecho la venta con dolo; porque el fraude de un vendedor no me perjudicará.** (12) En esta acción no me perjudicará si soy el sucesor del comprador **y actué fraudulentamente**, siempre y cuando la persona a quien sucedí haya realizado la compra de buena fe; **y no me beneficiará si no fui culpable de fraude**, pero la persona a quien sucedí fue culpable de fraude. (13) Sin embargo, si mi esclavo hizo la compra, debe considerarse su fraude, y no el mío; y viceversa. (14) **La Acción Publiciana se refiere al momento de la compra, y por lo tanto Pomponio sostiene que nada que se haya hecho de manera fraudulenta, ya sea antes o después de la compra, puede ser objeto de investigación en esta acción**. (15) Esta acción se refiere únicamente a la **buena fe del comprador**. (16) Por lo tanto, para que la Acción Publiciana esté disponible, deben darse las siguientes condiciones: **la persona que hizo la compra debe haber actuado de buena fe, y la propiedad comprada debe haberle sido entregada con ese entendimiento**. Pero aunque haya hecho la compra de buena fe, no puede hacer uso de la Acción Publiciana antes de la entrega. (17) Julianus declaró en el Libro Séptimo del Digesto, que la entrega de la propiedad comprada debe hacerse de buena fe; y por tanto, si la parte a sabiendas finge la posesión de algo que es de otro, no puede valerse de la Acción Publiciana, porque no podrá adquirir la propiedad por usucapión. Tampoco debe pensarse que es nuestra opinión que basta que el comprador desconozca que la cosa era ajena al comenzar la entrega, para que pueda hacer uso de la Acción Publiciana, **pero es necesario que debe ser un comprador de buena fe en ese momento también.**
9.4 (6.2)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVI. (4) Cuando alguien venda la misma propiedad por separado **a dos compradores de buena fe, veamos cuál de ellos tiene mejor derecho a la Acción Publiciana**; ¿a quién se entregó primero la propiedad, o quién simplemente la compró? Juliano, en el Libro Séptimo del Digesto, dice: "Que si las partes hicieron la compra a una misma persona que no fuere el dueño, **se preferirá a aquél a quien se hizo la entrega primero;** pero si compraren dicha propiedad a personas diferentes que no eran los dueños, el que tiene la posesión

	está en mejor situación jurídica que el que entabla la acción, y esta opinión es correcta".
11.2 (6.2)	11. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVI. (2) La descendencia de una esclava robada que fue concebida **mientras estaba en posesión de un comprador de buena fe**, puede recuperarse por medio de esta acción; aunque el hijo no estuviere en posesión del que lo compró; pero el heredero del ladrón no tiene derecho a esta acción, porque es el sucesor del título defectuoso del difunto.
12.2-3 (6.2)	12. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XIX. (2) En el caso de arrendamientos perpetuos y otros bienes inmuebles que no pueden adquirirse por usucapión, la Acción Publiciana está disponible cuando se haya hecho una **entrega de buena fe de la tierra**. (3) La misma regla se aplica **cuando compré de buena fe,** de una persona que no es el dueño, una casa que llevó consigo la superficie del terreno.
13.2 (6.2)	13. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro VII. (2) Cuando alguien hace una compra a un menor, debe probar que lo hizo con el consentimiento de su tutor, y no en violación de la ley**. Pero cuando hizo la compra con engaño de un pretendido tutor, se considera que actuó de buena fe**.

7. Libro 7: Sobre las obligaciones y los contratos.

Referencia	Cita del Digesto
25-5&6 (7.1)	25. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XVIII. (5) Julianus también afirma en el mismo Libro, que cuando un usufructuario arrienda los servicios de un esclavo a este último, el contrato es inoperante porque dice que si alguien estipula conmigo por mi propia propiedad, la estipulación es nula; porque esto no opera más que cuando un esclavo perteneciente a otro, **que me sirve de buena fe, hace lo mismo, adquirirá la propiedad para su dueño**. De la misma manera, dice, si me alquila mi propiedad, el usufructuario, esto no me hará responsable. El principio general que establece es, que donde cualquiera que estipule con otro adquiera bienes para mí, si estipula conmigo su acto es nulo; a menos que, en efecto, añade Juliano, él pacte conmigo o me arrienda especialmente en beneficio de su dueño.

	(6) Si se supone el caso de dos usufructuarios, y el esclavo hace una estipulación con referencia a la propiedad de uno de ellos, se plantea la cuestión de si tiene derecho a todo o sólo a la parte que tiene en el usufructo. Este caso es el mismo que trata Scaevola en el Libro Segundo de las Cuestiones**, respecto de dos poseedores de buena fe; y dice que generalmente se tiene y es consonante con la razón, que donde se hizo una estipulación con referencia a la propiedad de uno de ellos, entonces parte de ella sólo se obtiene para él, y parte para el dueño**. Pero cuando la estipulación se hace expresamente, no debe haber duda, si se menciona el nombre de la parte, de que obtendrá la totalidad de ella. Dice que la regla es la misma cuando el esclavo estipula por orden de parte, como se entiende que una orden toma el lugar de un nombre. La misma regla se aplica también al caso de los usufructuarios; de modo que donde el usufructuario no adquiera la totalidad de la propiedad, la adquirirá el mero propietario, porque ya hemos mostrado que puede obtenerla por título que tenga referencia a la propiedad del usufructuario
13-parr (7.1)	13. Paulo, Sobre Sabino, Libro III. Si un usufructuario ha cosechado una cosecha y luego muere, Labeo dice que la cosecha que está en el suelo pertenece a su heredero, pero que el grano aún adherido al suelo pertenece al dueño de la tierra; porque se considera recogida la cosecha cuando se cortan las espigas o los tallos de la hierba, o se recogen las uvas, o se sacuden las aceitunas de los árboles, aunque el grano aún no haya sido molido, ni hecho el aceite, o la vendimia acabada. Pero si bien es cierto lo que dijo Labeo acerca de las aceitunas que se sacuden de los árboles, no es la misma regla respecto de las que se han caído por sí solas. **Julianus dice que las cosechas pasan a ser propiedad del usufructuario cuando las ha recogido, pero que pertenecen a un poseedor de buena fe tan pronto como se separan de la tierra.**
5.3 (7.4)	5. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XVII. (3) Cuando se lega el usufructo de la tierra y se construye una casa sobre ella, se establece que la propiedad se cambia y que el usufructo se extingue. **Es claro que si el mero dueño la construyó, estará sujeto a la acción de testamento, o a la de fraude.**
6-parr (7.6)	6. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXI. Cuando una parte se ha unido a la causa con referencia a un usufructo, **será exonerada si renuncia a la posesión sin fraude**; pero si voluntariamente se comprometió a defender el caso y se unió a la causa como si fuera el poseedor, se dictará sentencia en su contra.
5-parr (7.9)	5. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXXIX. La disposición "**Que no se haya cometido ni se cometerá fraude**" está contenida en esta estipulación, y **como esta mención de (dolo) fraude** siempre se refiere a cuestiones in rem, **se entiende que incluye la mala fe** de cualquiera de las partes, ya sea uno de los sucesores o un padre adoptivo.

8. Libro 8: Sobre la compraventa, el arrendamiento y la asociación.

Referencia	Cita del Digesto
4-parr (8.1)	4. Papiniano, Preguntas, Libro VII. Las servidumbres no pueden crearse por ley directa desde cierto tiempo, ni hasta cierto tiempo, ni bajo condición, ni sobre cierta contingencia; (por ejemplo, "mientras yo quiera"), sin embargo, si se añaden disposiciones como éstas, y una de las partes demanda el recobro de la servidumbre, en violación de los términos del contrato**, se puede interponer una excepción en el motivo de que la reclamación es contraria a lo que se había acordado, o por fraude**, y esto afirma Casio fue la opinión de Sabino en la que él mismo estuvo de acuerdo.
18-parr (8.1)	18. Paulus, Preguntas, Libro XXXI. Papinianus establece en una nota que se ha establecido que en todos los casos en los que las servidumbres se han extinguido por la entrada del heredero, **un legatario será excluido por una excepción basada en el fraude** si no permite que las servidumbres sean impuestas nuevamente.
13-parr (8.4)	13. Ulpiano, Opiniones, Libro VI. El vendedor de Geronian Estate estableció en el contrato de Botrian Estate que retuvo, que no se realizaría pesca de túnidos cerca de ella. Aunque la servidumbre de mar no puede imponerse por contrato privado, ya que por su naturaleza está abierta a todos, sin embargo, **como la buena fe del contrato exige que se observen las condiciones de la venta**, las personas en posesión o las que suceden a sus derechos están obligados por las disposiciones de la estipulación o la venta.
9-parr (8.5)	9. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXI. Si construyes en un lugar por el que tengo derecho de paso, puedo alegar en una demanda que tengo derecho a caminar y conducir allí; y si pruebo esto, puedo impedir que trabajes. Julián también dice que si un vecino mío, edificando en su terreno, evita recibir el goteo de mi techo, puedo entablar una acción en mi derecho; es decir, el derecho de descargar el agua de mi techo en su predio; tal como lo hemos dicho con respecto al derecho de paso. Pero donde todavía no ha construido, la otra parte, ya sea que tenga el usufructo o el derecho de paso, puede hacer constar que tiene derecho a caminar o conducir, y el derecho de disfrute; **pero si el dueño ya ha construido, el que tiene derecho de paso todavía puede alegar que le pertenece el derecho, pero el usufructuario no puede hacerlo, porque ha perdido el usufructo; y por lo tanto Juliano dice que en este caso debe concederse una acción por causa**

	de fraude. Por otro lado, si usted construye a través de un derecho de paso al que está sujeto mi patrimonio para su beneficio, puedo alegar correctamente que no tiene derecho a construir o tener un edificio allí; lo mismo que podría hacer si construyeras algo en un terreno desocupado que me pertenece.
5-parr (8.6)	5. Paulus, Del Edicto, Libro LXVI. Una servidumbre puede ser retenida para nuestro beneficio por medio de un copropietario, un usufructuario o **un poseedor de buena fe.**
12-parr (8.6)	12. Celso, Compendio, Libro XXIII. Cuando **una parte de buena fe** compre un terreno que no pertenecía al vendedor y use un derecho de paso que está adjunto al terreno, se conservará el derecho; y esto también será así aunque sea poseedor por tolerancia, o después que el dueño haya sido expulsado por la fuerza; porque cuando la tierra se inviste de cierto carácter de modo que se tenga en posesión en esa condición, no se pierde el derecho; y no importa si la parte en posesión, que la tiene como es, lo hace o no legalmente. Por tanto, se puede afirmar aún más positivamente, que si el agua corre por un cauce por sí misma, se conserva el derecho de conducirla allí; cuya opinión fue sostenida muy apropiadamente por Sabinus, y se menciona en Neratius en el Cuarto Libro de los Pergaminos.
20-parr & 24-parr (8.6)	20. Scaevola, Reglas, Libro I. La servidumbre se retiene por el uso cuando se hace uso de ella por el que tiene derecho a ella o está en posesión de ella, o por su jornalero, su huésped, su médico o cualquiera que venga a visitarlo, o su arrendatario, o un usufructuario: 24. Scaevola, Reglas, Libro I. Aunque sea **poseedor de mala fe**, se retendrá la servidumbre.

9. Libro 9: Sobre los préstamos, los intereses y las garantías.

Referencia	Cita del Digesto
11.8 (9.1)	Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro VIII. (8) Pero **si el esclavo está sirviendo de buena fe a una persona que no es su dueño,** ¿tendrá este último derecho de acción bajo la Lex Aquilia? La mejor opinión es que debe concederse una acción in factum.
47-parr (9.1)	47. Julianus, Digest, Libro LXXXVI. Pero si en el primer juicio se hizo una estimación de su valor y luego el esclavo muere, su propietario puede presentar una acción por su muerte, **y**

	si se le objeta una excepción basada en fraude malicioso, se deben tomar medidas para evitar que el demandante recupere más a través de ambos juicios de lo que hubiera obtenido si desde el principio hubiera presentado una acción por la muerte del esclavo.
13.1 (9.2)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVIII. (1) Julianus dice que **si un hombre libre me sirve de buena fe como esclavo**, él mismo es responsable ante mí bajo la Lex Aquilia.
17-parr (9.2)	17. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVIII. Cuando un propietario mata a su propio esclavo, **estará sujeto a una acción de factum iniciada por un poseedor de buena fe** o una parte que tenía al esclavo en prenda.
23.4 (9.2)	23. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVIII. (4) Cuando, sin embargo, se mata a un esclavo **que había cometido grandes fraudes en mis cuentas, y a quien yo tenía la intención de torturar para arrancarle los nombres de sus cómplices en los fraudes**, Labeo muy correctamente sostiene que el el valor del esclavo debe estimarse en la cantidad **del interés que tenía en descubrir los fraudes cometidos por él,** y no sobre la base de la pérdida causada por el propio esclavo.
27.3 (9.2)	27. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XVIII. (3) El dueño es responsable por el esclavo que cometió el homicidio, **y el que está sirviendo como esclavo de buena fe no es responsable**; pero surge la cuestión de si una parte cuyo esclavo es un fugitivo, ¿es responsable por su cuenta en virtud de la Lex Aquilia? Julianus dice que él es responsable. Esto es perfectamente cierto, y Marcellus también tiene la misma opinión.
38.2 (9.2)	38. Javoleno, Epístolas, Libro IX. Si en el tiempo en que **mi esclavo que compraste de buena** fe te está sirviendo, es herido por uno de tus esclavos; se ha sostenido que tengo, en todos los casos, el derecho de iniciar un procedimiento contra usted en virtud de la Lex Aquilia.
1-parr (9.4)	Paulo, en el Edicto, Libro XXXII. Así como vender es una cosa y comprar otra, y como existe una diferencia entre comprador y vendedor, también el precio es una cosa y la propiedad otra. Sin embargo, en un trueque no se puede determinar quién es el comprador y quién es el vendedor. Los trueques difieren en gran medida, ya que un comprador es susceptible a una acción de compra a menos que pague el precio de compra al vendedor; **y es suficiente que el vendedor se comprometa, en caso de desalojo, a entregar la posesión y estar libre de fraude**, por lo tanto, si la propiedad vendida no se pierde por un mejor título, no debe nada. Sin embargo, en un

	trueque, si la propiedad de cada parte se considera como el precio de la propiedad del otro, el título de cada artículo debe transferirse, pero si se considera como mercancía, ninguno está obligado a transferir la propiedad. Pero, mientras que en una venta debe haber tanto propiedad como precio, no se puede determinar en un trueque cuál es la propiedad y cuál es el precio, ni la razón permite que la misma cosa sea a la vez la propiedad vendida y el precio de lo que se compra."
11, 12 & 13 (9.4)	11. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro VII. **El poseedor de buena fe** de un esclavo será responsable de una acción por robo en relación con el esclavo, pero el propietario no será responsable. Sin embargo, él no puede hacer al esclavo propiedad del demandante al entregarlo, **y si el propietario presentara una demanda para recuperar al esclavo, se le impediría por medio de una excepción basada en el fraude**, ya que la otra parte puede ser protegida mediante una solicitud ante el tribunal. 12. Paulus, Sobre el Edicto, Libro VI. Cuando un **poseedor de buena fe** despide a un esclavo que estaba bajo su posesión en estas circunstancias, para evitar que se tomen medidas en su contra en una acción noxal, **será responsable de la acción que se concede contra las partes que tienen a un esclavo bajo su poder o cometen fraude para evitar tenerlo bajo su control**, porque en este caso se considera que aún están en posesión. 13. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro XIII. Se concede una acción noxal **no solo contra un poseedor de buena fe, sino también contra aquellos que tienen posesión de mala fe**; ya que parece absurdo que las partes que son poseedores de buena fe sean obligadas a defender una acción, mientras que los depredadores estén seguros.
21.1 (9.4)	21. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIII. Cuando un propietario es demandado por el daño cometido y no quiere defender la acción, está en tal condición que debe **entregar en reparación al esclavo por cuya cuenta se niega a defender la demanda**, o si no lo hace, está absolutamente obligado a hacer una defensa; pero no se dictará juicio contra él a menos que tenga al esclavo en su poder, **o haya logrado renunciar a la posesión de él por fraude**. (1) Cuando se inicia un proceso por una acción noxal a causa de los esclavos, se establece que pueden ser defendidos aunque estén ausentes, pero esto sólo se hará cuando dichos esclavos pertenezcan al demandado, porque si pertenecen a otro deben estar presentes; y lo mismo ocurre cuando existe alguna duda sobre si son propiedad del demandado o de otra parte. Creo que esta debe entenderse como la regla si se prueba que están

	sirviendo al acusado **meramente como esclavos de buena fe,** incluso si están ausentes.
24-parr (9.4)	24. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XVIII. Debe considerarse si **la acción de noxal sólo puede ejercitarse contra el que fraudulentamente logró impedir que el esclavo estuviera en su poder, si por su fraude ocurriese que no se dispondrá de acción de noxal;** por ejemplo, donde ordenó a su esclavo que tomara el vuelo; o si una acción no puede, sin embargo, ser ejercitada contra alguna otra parte; ¿Cuál sería el caso si el esclavo fuera vendido o manumitido? Esta última es la mejor opinión, ya que en este caso el demandante tiene la opción de proceder contra cualquiera de las partes. Julianus, sin embargo, dice que si el esclavo manumitido está listo para defender su caso, se debe conceder una excepción a la persona que lo manumitió; y ésta es también la opinión de Labeo.
26-parr (9.4)	26. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XVIII. (2) Nuevamente, si de varios copropietarios, algunos, **por fraude malicioso, renuncian a la posesión de sus acciones;** el demandante tiene la opción de proceder directamente contra la parte que estaba en posesión, o si entablara una acción pretoriana contra quien ha dejado de estar en posesión.
28-parr (9.4)	28. Africanus, Preguntas, Libro VI. En términos generales, si entablare contra ti una acción noxal por el esclavo de un tercero, **que te está sirviendo de buena fe**, y me lo entregas a modo de reparación; y luego, si estando yo en posesión de él, su dueño demanda para recuperarlo**, puedo prohibirlo con una excepción por dolo, a menos que ofrezca los daños que se han tasado**; pero si el propio dueño estuviere en posesión, tengo derecho a la Acción Publiciana, y si el demandado hiciere uso de la excepción, "A menos que el demandado sea su dueño", puede interponerse en mi beneficio una réplica fundada en dolo doloso. De acuerdo con esto puedo adquirir el dominio por el uso, aunque tenga conocimiento de que estoy en posesión de la propiedad de otro, y, en efecto, si se hubiera establecido de otro modo, **el resultado sería que un poseedor de buena fe estaría sujeto a la mayor injusticia**; ya que si bien de derecho sería responsable en una acción de noxal, se le impone la necesidad de someterse al pago de los daños que en el caso se determinen. El mismo principio se aplica cuando no se hace defensa con respecto al esclavo, y lo llevo por orden del Pretor; ya que, en este caso también, tengo un fundamento legal de posesión.
30-parr (9.4)	30. Lo mismo, sobre el Edicto del Pretor Urbano, bajo el título de "Prevención de la Amenaza de Injuria".

	En las acciones noxales, **los derechos de aquellos que están ausentes de buena fe no se pierden**, pero a su regreso se les otorga el poder de presentar una defensa de acuerdo con lo que sea apropiado y justo, ya sean propietarios o tengan algún derecho sobre la propiedad en disputa, como acreedores y usufructuarios.

10. Libro 10: Sobre la fianza y las hipotecas.

Referencia	Cita del Digesto
4.2 (10.1)	4. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXIII. (2) Después de que se haya planteado el litigio en un caso, se toma en cuenta la cuestión de los beneficios obtenidos, **ya que a partir de ese momento se debe investigar la negligencia y la malicia.** Sin embargo, cualquier beneficio obtenido antes de que se planteara el litigio no será considerado en ninguna circunstancia. **Si la parte lo obtuvo de buena fe, se le debe permitir beneficiarse de ello si ya lo ha consumido; o si lo obtuvo de mala fe, se debe entablar una acción legal para recuperarlo.**
10-parr (10.1)	8. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XIX. (1) Pomponio también afirma que las palomas que están acostumbradas a salir del palomar están incluidas en la acción de partición de una propiedad, porque son de nuestra propiedad mientras tengan la costumbre de volver a nosotros; y por tanto, si alguien los arrebatara, tenemos derecho a la acción de hurto. La misma regla se aplica a las abejas, porque son parte de nuestra propiedad. 10. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XIX. También los inmuebles que pertenezcan a nuestro patrimonio, así como los terrenos en arrendamiento perpetuo, o los que se refieran meramente a la superficie. **Quedan igualmente sujetos a esta regla los bienes de que el difunto tenía posesión de buena fe**, aunque perteneciesen a otro.
18-parr (10.2)	18. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XIX. De acuerdo con estas reglas, Juliano dice que cuando hay varios herederos, y se deja un esclavo a uno de ellos, en términos generales, con el derecho de elección, **y los herederos restantes alegan que Stichus ha falsificado el testamento o lo ha desfigurado**, y hacen esta declaración para evitar que se elija un esclavo; y luego, después de haber sido elegido, se entabla una acción para recuperarlo, pueden, si son demandados, **acogerse a una excepción por motivo de fraude malicioso** y someter al esclavo a tortura.
18.3 (10.2)	18. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XIX.

	(3) Cuando uno de los herederos **incurre en gastos de buena** fe, puede cobrar intereses de un coheredero desde el momento de su mora, de acuerdo con un Rescripto de los emperadores Severo y Antonino.
18.5 (10.2)	18. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XIX. (5) Cuando el hijo de una familia era heredero de su padre de una parte de la herencia y fue demandado por los acreedores por su peculium, estando dispuesto a pagar todo lo que debía, puede, **por medio de una excepción por motivo de fraude malicioso, obligar a los acreedores a cederle sus derechos de acción**; y tiene además derecho a la acción de partición de la herencia contra sus coherederos.
39-parr (10.2)	39. Scaevola, Opiniones, Libro I. Cuando una persona fue nombrada heredera de una parte de una herencia con respecto a la cual se había entablado una acción contra los herederos porque no vengaron la muerte del testador, ganó su caso, y el coheredero entabló entonces una demanda para recuperar su parte del otro heredero, pero se negó a pagar su asignación de los gastos incurridos en la defensa de la otra demanda. **Se planteó la cuestión de si se le prohibiría una excepción por motivo de fraude**. Respondí que si se hubieran hecho mayores gastos por razón de la defensa que había hecho en provecho del mismo dicho coheredero, se debía tomar en cuenta este gasto; **pero si la otra parte no alegare excepción por dolo, podría demandar la recuperación de parte de los gastos**.
44.5 (10.2)	44. Paulo, Sobre Sabino, Libro VI. (5) Cuando uno de varios coherederos, en virtud de una estipulación relacionada con la herencia, realiza un pago por su propio acto, no puede recuperar la cantidad de sus coherederos; **por ejemplo, cuando el fallecido prometió que ni él ni su heredero cometerían fraude malicioso**, y que no se haría nada por él o por su heredero que impidiera a alguien transitar o conducir por un camino; y, de hecho, incluso cuando los demás herederos se vuelven responsables por el acto de uno, debido a que se cumple la condición de una estipulación relacionada con la herencia, tendrán derecho a una acción de partición de la herencia contra la parte a través de la cual la estipulación se hizo efectiva.
45.1 (10.2)	45. Pomponio, Sobre Sabino, Libro XIII. (1) **El fraude cometido por un esclavo del heredero** no se incluye en los términos de la acción de partición de una herencia, **a menos que haya negligencia por parte del propietario del esclavo** en el sentido de que empleó a un esclavo que no era de confianza para cuidar de la propiedad común.
4.2 (10.3)	4. Ulpiano, Del Edicto, Libro XIX.

	Por medio de esta acción se hace una división de los bienes corporales de los que tenemos dominio, pero no de una herencia. (1) Surge la cuestión de si se puede entablar una acción para la partición de la propiedad común en un pozo, y Mela dice que sólo se puede hacer cuando el suelo en el que se excava está sujeto a copropiedad. (2) **Esta acción es de buena fe,** y por tanto, si algo permanece indiviso, la división de todo lo demás será válida, y la acción de partición puede ejercitarse con respecto a lo que aún permanece indiviso.
3.1 (10.3)	3. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXX. (1) Cuando las partes mismas **hayan celebrado un acuerdo entre sí sin fraude**, el juez debe hacer que se confirme en primer lugar en una acción de partición de una herencia o en una de división de bienes comunes.
7.13 (10.3)	Ulpiano, Del Edicto, Libro XX. (13) Cuando un deudor ha dado en prenda su parte de un terreno de propiedad común, y su acreedor es demandado por el dueño de la otra parte, o por otro acreedor de otro deudor, y hace una oferta más alta por la propiedad en cuestión, y el deudor de la parte a quien se adjudicó la propiedad quiere recuperar su parte de la tierra después de pagar lo que él mismo debe; muy correctamente se sostiene que no debe ser oído, a menos que esté dispuesto a recuperar también lo que su acreedor compró bajo la adjudicación. Porque si vendiereis una parte de la hacienda, y antes de haberla entregado al comprador, se ejercita contra vosotros acción de partición, y también se os adjudique la otra parte; se dice en consecuencia que no puede ejercitarse acción alguna por razón de compra, a no ser que el demandante estuviera dispuesto a tomar la totalidad de los bienes, porque esta parte le corresponde al vendedor por medio de otro; **y el comprador puede también ser demandado por la venta para obligarle a tomarla toda; y la única cuestión a considerar es si el vendedor cometió algún fraude.** Sin embargo, cuando se hubiere enajenado una acción y el vendedor resultara vencido en la puja, estará obligado en la acción de compra a la devolución del precio. La misma regla se observa en el mandato y en los demás casos de esta especie.
9-parr (10.3)	9. Africanus, Preguntas, Libro VII. Pero cuando un copropietario, por causa de un esclavo en común, tuviere sentencia contra él en acción de peculio por todo el importe de la deuda, y los bienes pertenecientes a dicho peculio se perdieran estando en sus manos; aun así, procederá una acción equitativa de partición para la recuperación de una parte del dinero; porque de otro modo sería injusto que todo el asunto causara perjuicio a la parte que defendió la acción; ya que debe imponerse un riesgo igual a ambos dueños con referencia a los bienes incluidos en el peculio. Porque cuando alguno se hace cargo de la defensa de un esclavo a petición de su dueño,

	se le reembolsará todo lo que haya gastado de buena fe, aunque después se pierda el peculio. Este es el caso cuando ninguna de las partes ha cometido negligencia; ya que si se entabla una acción de peculio contra el dueño, y éste está dispuesto a entregar al demandante los bienes comprendidos en el peculio, se entiende que debe ser oído **si se demuestra causa adecuada, por supuesto, si lo hizo sin malicia o intención fraudulenta**.
14.1 (10.3)	14. Paulo, Sobre Plaucio, Libro III. Comprende esta acción lo que haya hecho o debiera haber hecho en beneficio común el que sabía que tenía copropietario. (1) En cuanto a los gastos en los que incurro mientras creía que la tierra era mía y que, si se presenta una demanda para recuperar parte de la tierra, **puedo retener a través de la excepción de fraude**; se debe considerar si puedo retenerlos por la justicia de la acción en sí misma, si se me demanda en una acción de partición. En mi opinión, la mejor opinión es que puedo hacerlo, **porque la acción de partición de propiedad común es de buena fe**, pero esto solo es válido cuando se me demanda. Sin embargo, si dispongo de mi parte, no quedará nada de donde pueda retener los gastos. Consideremos si un comprador de mi parte puede retenerlos, ya que si se presenta una demanda para recuperar una parte de él, ¿puede retener la cantidad por los gastos que incurrió, al igual que yo? La mejor opinión es que, en este caso, los gastos se pueden retener, y dado que esto es así, se considera con justicia que se me conceda una acción equitativa contra mi copropietario debido a dichos gastos, incluso si la copropiedad aún continúa existiendo. Sin embargo, la regla es diferente cuando gasto dinero en mi propia propiedad, como si perteneciera a otro, o se posee en común. En este caso, sólo tengo el derecho de retención porque no deseo vincular a nadie conmigo. Cuando creo que la propiedad pertenece a Titius pero en realidad pertenece a Maevius, o que es propiedad mía en común con otra persona que en realidad no es mi copropietario, lo hago para vincular a otra persona conmigo. Al igual que se me concede una acción por negocio realizado contra alguien cuyos asuntos he atendido creyendo que eran los de otra persona, lo mismo ocurre en el caso bajo consideración. Por lo tanto, si vendiera la tierra a otra persona por la razón de que el caso fuera tal que tendría derecho a una acción, se me concedería una acción por negocio realizado (como también dice Julianus).
24-parr (10.3)	24. Julianus, Digest, Libro VIII. Cuando un esclavo común adquiere algo a través de la propiedad de uno de sus dueños, será, no obstante, sujeto a propiedad conjunta; **pero la parte a través de cuya propiedad se hizo la adquisición puede cobrar la cantidad por una acción de partición, porque está conforme con buena fe** que cada uno debe tener un gravamen previo sobre cualquier cosa que un esclavo adquiere por medio de su propiedad.
3.13 (10.4)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIV.

	(13) El mismo autor agrega que el juez, en razón de la facultad que le ha sido conferida por esta acción, puede también conocer de las excepciones que interponga el poseedor, y si alguna de ellas prueba claramente que el actor está impedido, entonces el que está en posesión debe ser dado de baja; pero si la excepción fuere oscura, o se tratare de algo más importante, se diferirá hasta que se celebre el juicio, y se ordenará la exhibición de los bienes. **Hay ciertas excepciones, sin embargo, que el juez que ha de presidir la acción de producción debe por todos los medios determinar por sí mismo; por ejemplo, los basados en un acuerdo informal, en un fraude malicioso**, en un juramento o en una sentencia dictada con anterioridad.
5.2 (10.4)	5. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIV. (2) Además, Julianus dice que un comprador que no devuelve materiales parcialmente usados, puede ser obligado a producirlos; estimándose los daños según la cantidad que yo esté dispuesto a jurar; pero añade en el mismo lugar: "Si el comprador tuviere posesión, **o hubiere cometido fraude para evitar tener posesión**".
8-parr (10.4)	8. Julianus, Digest, Libro IX. Cuando se ejercita la acción de producción **contra el que no tuvo la posesión ni cometió fraude para evitar la posesión**, y después de su muerte su heredero tiene la posesión de los bienes, éste puede ser obligado a producirlos; porque si pleito contra un hombre por una extensión de tierra, y su heredero entra en posesión de ella bajo el mismo título, puede ser obligado a entregarla.
9.4 (10.4)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIV. (4) Marcelo dice que si a ti te son legados diez aurei bajo cierta condición, y el usufructo de los mismos a mí absolutamente, y entonces el heredero, mientras la condición está aún pendiente, y sin necesidad de garantía, paga dichos diez aurei a mí, el usufructuario; **será pasible de la acción de producción, por haber obrado dolosamente para evitar estar en la posesión. El fraude consiste en que descuidó exigir fianza al usufructuario, y el resultado fue que tu legado se perdió**, ya que ahora no puedes ejercitar acción para recuperar el dinero. La acción de producción, sin embargo, sólo podría ser aplicable si se cumple la condición de la que depende el legado. Sin embargo, podrías haberte protegido mediante una estipulación para el pago del legado, y, si lo hicieras, no tendrás necesidad de la acción para la producción. Pero si el heredero, sin saber que se le había legado un legado, no exigió seguridad al usufructuario, dice Marcelo que no mentirá la acción de producción, por supuesto porque no hubo fraude; pero el legatario tendrá derecho a desagravio por acción de hecho contra el usufructuario.
11.1 (10.4)	11. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIV.

	Pero cuando se pierde una hacienda por no haber producido un esclavo, será perfectamente justo que el juez, en la apreciación de los daños, tenga en cuenta el daño hecho a la hacienda. (1) Consideremos dónde debe producirse la propiedad y a expensas de quién debe hacerse. Labeo dice que debe presentarse donde estaba al tiempo de acumularse, pero debe transportarse o conducirse al lugar donde se inició el proceso, por cuenta y riesgo del demandante. Dice que es evidente que la parte en posesión de un esclavo debe proporcionarle alimentos y ropa, y cuidar de él. Sostengo que a veces el demandante también debe hacer esto; donde, por ejemplo, un esclavo estaba acostumbrado a mantenerse con el trabajo manual o con algún oficio, y ahora se ve obligado a estar ocioso. Del mismo modo, cuando el esclavo que ha de ser producido fuere puesto a cargo de la corte, la parte que lo quiso producir debe ser responsable de sus alimentos, si su poseedor no estaba acostumbrado a dárselos; porque si hubiera estado acostumbrado a hacerlo, entonces no puede negarse a pagar su mantenimiento. A veces se requiere que la parte en posesión lo presente a sus expensas; como, por ejemplo, cuando ha puesto bienes en algún lugar secreto para que la producción de los mismos sea más inconveniente para el demandante; **porque, en este caso, debe producir los bienes por su cuenta y riesgo en el lugar donde se ha iniciado el proceso, para que no le beneficie su mala fe.**
12.6 (10.4)	12. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXVI. (6) Un heredero puede hacer uso de este procedimiento en su propio nombre, pero no mientras actúe como heredero. El heredero de un poseedor también responde por su propia cuenta. Por tanto, no vale la pena preguntarse si la acción puede concederse a un heredero o contra él. **Es evidente que esta acción debe concederse contra un heredero cuando el difunto hubiera sido culpable de fraude,** si la herencia se ha hecho más valiosa por este motivo; por ejemplo, donde el heredero obtuvo el precio de la propiedad.
16-parr (10.4)	16. Paulo, Sobre Sabino, Libro X. Cuando un esclavo tiene alguna cosa en su poder, su dueño está sujeto en su propio nombre a una acción de producción; **pero si el esclavo sin el conocimiento de su dueño, comete fraude para evitar estar en posesión**, debe concederse una acción noxal por robo, o **una por fraude malicioso** por cuenta del esclavo, pero ninguna acción pretoriana puede ejercitarse para la producción.

11. Libro 11: Sobre las acciones legales derivadas de la ley.

Referencia	Cita del Digesto
11.3 (11.1)	11. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXII (3) Cuando alguien que es heredero de la mitad alega ser heredero de la cuarta parte, **sufrirá la siguiente pena por su falsedad, es decir, puede ser**

	demandado por la totalidad de la herencia; porque no debió mentir diciendo que era heredero de una porción menor;
11.11 (11.1)	11. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXII. (11) Pero cuando una parte **responda incorrectamente sin mala intención**, sino por **negligencia**; **debe sostenerse que debe ser liberado de responsabilidad, a menos que la negligencia se parezca mucho a la malicia**.
13.1 (11.1)	Paulus Sobre Plaucio, Libro II. (1) Cuando alguien responda que el cabeza de familia es su esclavo, no estará sujeto a una acción noxal; y **aunque un hombre libre me sirva de buena fe como esclavo**, no se puede ejercitar contra mí una acción de noxal; y si se procediere, quedará intacto el derecho de acción contra el que cometió el hecho ilícito.
1.1 (11.3)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIII. (1) No será responsable bajo este Edicto **aquel que compre un esclavo de buena fe**, ni podrá entablar una acción por la corrupción del esclavo, porque no tiene interés en que el esclavo no sea corrompido; y de hecho, si alguien admitiera que esto es cierto, el resultado sería que dos partes tendrían derecho a una acción por la corrupción del esclavo, lo cual es absurdo. Opinamos que esta acción no puede ser entablada por una parte a quien un hombre libre está sirviendo como **esclavo de buena fe**.
1.4 (11.3)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIII. (4) ¿Será responsable, sin embargo, una persona cuando haya empujado a un esclavo de buenas costumbres a cometer un crimen, o instigado a un esclavo malo, o le haya mostrado cómo perpetrar el acto? **La mejor opinión es que incluso si le mostró al esclavo malo cómo perpetrar la ofensa, será responsable**. Y, en efecto, si el esclavo ya hubiera tenido la intención de huir, o de cometer un robo, y la persona referida hubiere aprobado su intención, será responsable, **porque la malicia del esclavo no debe aumentar con alabarlo; por lo tanto, ya sea que hizo malo a un buen esclavo o peor a un mal esclavo, todavía se tendrá por corrompido.**
3.1 (11.3)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIII. Al añadir el término "**maliciosamente**" el Pretor se refiere al **engaño de la parte que persuade al esclavo,** pero si alguien deprecia el valor del esclavo sin intención maliciosa, no incurre en desgracia; y no es responsable si lo hace en broma. (1) Por esta razón surge la cuestión de si alguien persuade a un esclavo de otro a subir a un techo, o a descender a un pozo, y él, obedeciendo, sube o baja y se rompe una pierna o cualquier otro miembro, o pierde la vida; ¿**Será**

	responsable la parte? Si lo hizo sin malicia no será responsable, **pero si lo hizo maliciosamente lo será;**
1-parr (11.6)	Tit. 6. Cuando un topógrafo presenta un informe falso con respecto a las mediciones. 1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIV. El Pretor concede una acción *in factum* contra un topógrafo de tierras, ya que no debemos dejarnos engañar por él, dado que estamos interesados en obtener un informe correcto de las mediciones; por ejemplo, cuando surge una controversia con respecto a los límites de una propiedad, o cuando el comprador o el vendedor desea conocer el tamaño del terreno a ser vendido. Concede esta acción por la razón de que las autoridades antiguas no consideraban que el contrato hecho con una persona de este tipo fuera de arrendamiento, sino que más bien sus servicios eran donados como un favor, y por lo tanto, lo que se le daba a modo de remuneración era designado honorario; pero si se presenta una acción por arrendamiento, debe decirse que se presenta sin motivo.
1.1&2 (11.6)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIV. (1) Esta acción sólo requiere la **existencia de mala fe [malicia] positiva.** Se consideró que el topógrafo estará completamente controlado si sólo puede ser demandado por **mala fe positiva**, ya que no es civilmente responsable. Por lo tanto, **si ha mostrado falta de habilidad, aquel que lo empleó solo tiene que culparse a sí mismo, pero si fue culpable de negligencia, también estará protegido**; **y es evidente que la negligencia grave se asemeja a la mala fe [malicia]. Sin embargo, cuando recibe compensación, según los términos del Edicto, será responsable por cualquier tipo de negligencia**; pues indudablemente el Pretor sabe que los profesionales de este tipo trabajan a cambio de remuneración. (2) Solo es responsable de esta acción quien realiza un informe; pero debemos entender que también lo hace cuando lo hace a través de otro.
2.1 (11.6)	2. Paulo, Sobre el Edicto, Libro XXV. (1) Sin embargo, si yo te dirijo, un topógrafo, para que realices una medición de mi campo, y tú lo delegas a Tito, y él, durante el trabajo, **realiza algo con mala fe [malicia] positiva, serás responsable; porque has demostrado mala fe positiva al confiar en una persona así**.
3-parr (11.6)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIV. Cuando yo dirijo a dos personas a realizar una encuesta **y ambas son culpables de mala fe [malicia]**, puedo demandarles individualmente por la cantidad completa; pero si uno de ellos, después de haber sido demandado, satisface mi reclamo, una acción contra el otro debe ser rechazada.
3.1-6 (11.6)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIV

	(1) Esta acción puede ser interpuesta por cualquier persona cuyo interés fuera que no se realizara un informe de medición *falso*; es decir, tanto por el **comprador como por el vendedor, que se haya visto perjudicado por el informe**. (2) Sin embargo, Pomponio afirma que si, debido al informe, **el comprador paga en exceso al vendedor, no puede demandar al topógrafo, ya que tiene una acción para recuperar lo que se pagó de más; porque no es del interés del comprador hacerlo, ya que tiene el derecho de acción para la recuperación, a menos que el vendedor sea insolvente; porque entonces el topógrafo será responsable.** (3) Si el **vendedor, habiendo sido engañado por el topógrafo, transfiere una mayor cantidad de terreno**; Pomponio dice que, de acuerdo con la misma regla, no procede una acción contra el topógrafo, **porque el vendedor tiene derecho a una acción por la venta en contra del comprador, a menos que el comprador no sea solvente.** (4) **Pomponio también establece que cuando un topógrafo es contratado debido a un juicio, y me defrauda en su informe, será responsable si, por esta causa, obtengo menos en la sentenci**a. Es claro que, si fue designado por el tribunal **y realiza maliciosamente un informe en mi contra**, duda si tengo derecho a hacerlo responsable, aunque tiende a pensar que sí lo tengo. (5) Pomponio dice que esta acción debería concederse al heredero y a otras personas de la misma índole, pero debería ser rechazada contra el heredero y personas de esa descripción. (6) Él afirma que la acción es noxal más que de peculio cuando se trate de un esclavo, aunque una acción civil de peculio puede estar disponible.
5, 6 & 7 (11.6)	5.- Ulpianus, On the Edict, Book XXIV. Si el topógrafo no hace un informe falso de la medición, **sino que retrasa el informe**, y como resultado el vendedor queda liberado después de prometer transferir la propiedad dentro de un plazo específico, esta acción no puede ser interpuesta; Pomponio dice que no se debe conceder una acción equitativa, y por lo **tanto se debe recurrir a una acción basada en el fraude**. (1**) Si se hace un informe falso, y el comprador demanda al vendedor por su contrato,** también puede demandar al topógrafo, pero si no tiene interés en hacerlo, no se dictará sentencia en contra del topógrafo. **Si no demanda al vendedor por la cantidad total que falta, sino por una cantidad menor; Pomponio dice, y de manera muy apropiada, que se puede demandar al topógrafo por el resto**. El Pretor amplió aún más el alcance de esta acción; por ejemplo, donde se hace una **declaración falsa** de la medida de cualquier otra

	cosa, esta acción está disponible; por lo tanto, **cuando alguien engaña a su empleador en la medición de un edificio o de grano o vino**; (6) O con referencia al ancho de un camino, o en relación con una servidumbre que requiere la inserción de vigas, o un techo que sobresale, cuando se realiza una investigación para este propósito, o donde se toma la medición de un patio o de materiales o piedra, **y se da un informe falso**; (7) O donde **se declara falsamente las dimensiones de cualquier otra cosa, será responsable.** (1) Esta acción se concederá cuando **el topógrafo hace una medición falsa** mediante instrumentos. (2) Pomponio también establece que cualquier persona tiene derecho a esta acción contra alguien que no es topógrafo, **pero fue culpable de engaño en la medición.** (3) De la misma manera, la acción debe concederse contra un arquitecto que ha sido culpable de **engaño**; ya que el Divino Severo decretó que se otorgue una acción contra un arquitecto o un contratista. (4) Yo, por mi parte, creo que también se debe conceder una acción contra un contador que deliberadamente hace un **cálculo falso**.
4-parr (11.6)	4. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXV. Esta acción es perpetua, ya que **la causa no deriva su origen del momento en que comenzó la mala fe, sino de la fecha en que se emprendió el negocio**.
2.1 (11.7)	Ulpiano, Del Edicto, Libro XXV (1) La parte que ha colocado un cadáver en los locales de otra o ha hecho que se haga, está sujeta a una acción de factum. Sin embargo, debemos entender que "las premisas de otro" significan un campo o un edificio; pero estas palabras **conceden la acción al dueño, no al poseedor de buena fe;** porque cuando se hace la declaración "En los locales de otro", es evidente que se quiere decir el propietario, que es la parte a quien pertenece el suelo. Aun cuando el usufructuario hiciere el enterramiento, será responsable frente al mero dueño del inmueble. Es discutible si un copropietario es responsable si actuó sin el conocimiento de su copropietario; pero la mejor opinión es que puede ser demandado en una acción para la partición de una herencia, o en una para la división de la propiedad común.
14.1 (11.7)	14. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXV. (1) Cuando el difunto era arrendatario o inquilino, y no dejó nada para pagar los gastos de su funeral; Pomponio dice que deben pagarse con el producto de los artículos que se han llevado al alojamiento, y si hay algo en exceso, éste

	será responsable de la renta no pagada. Además, si hubiere legado algún legado por el testador cuyas exequias se trate, y no hubiere con qué enterrarlo, los dichos legados deberán servir también a este fin; porque es mejor que los gastos del funeral de un testador se obtengan de sus propios bienes, a que otros reciban sus legados. Sin embargo, cuando la herencia ha sido registrada, no debe tomarse del comprador ningún bien vendido, **porque el que ha traído alguna cosa bajo mandato judicial es poseedor de buena fe y tiene la propiedad de la misma**. Sin embargo, el legatario no debe ser privado de su legado si puede ser indemnizado por el heredero; pero si no puede, es mejor que el legatario no se beneficie pecuniariamente, a que el comprador sufra alguna pérdida.
14.2 (11.7)	14. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXV. (2) Mela dice que si un testador ordena a alguien que asista a su funeral y no lo hace después de haber recibido dinero para ese propósito, **se le concederá una acción por fraude;** sin embargo, creo que puede ser obligado a dirigir el funeral bajo la autoridad extraordinaria del Pretor.
14.6 (11.7)	14. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXV. (6) Esta acción, que se denomina funeraria, se basa en lo que **es adecuado y razonable, e incluye solo lo que se ha gastado en relación con el funeral, pero ningún otro desembolso. El término "razonable" debe entenderse referido al rango de la persona que fue enterrada, a las circunstancias del caso, al tiempo y a la buena fe; de manera que no se podrá cobrar más de lo efectivamente desembolsado, ni aun de lo efectivamente gastado, si fuere inmoderado.** Por lo tanto, deben tomarse en consideración los medios de la parte en favor de la cual se gastó el dinero, así como la propiedad misma, cuando se gasta inmoderadamente sin causa justificada. Pero, ¿qué debe hacerse cuando el gasto está previsto por la voluntad del testador? En respuesta a esto, debe sostenerse que no se debe seguir su voluntad si el gasto fuere excesivo, porque debe ser proporcional a los medios del difunto.

12. Libro 12: Sobre la dote, los acuerdos matrimoniales y los donativos.

Referencia	Cita del Digesto
1-parr (12.1)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXVI. El Título "Cosas que son acreditadas" se refiere a diversos contratos en los que **las partes confían en la buena fe de los demás**. El término "acreditar" es general y abarca todo tipo de contratos en los que una parte asiente a algo y espera recibir algo a cambio basado en el contrato. El Pretor utiliza este Título para cubrir contratos como préstamos de bienes o prendas, donde las partes prestan o empeñan algo con la expectativa de recibir algo a cambio. El término

	"cosa" también es elegido como un término general para abarcar los diferentes tipos de contratos que se encuentran bajo este Título. En esencia, **el Título "Cosas que son acreditadas" incluye reglas relacionadas con contratos en los que la confianza y la buena fe de los demás desempeñan un papel importante**.
18.1 (12.1)	18. Ulpiano, Disputas, Libro I. Si te doy dinero como un regalo, pero tú lo aceptas como un préstamo, Julianus dice que no es un regalo; pero debemos considerar si es realmente un préstamo. Sin embargo, creo que no es un préstamo y que el dinero no se convierte en propiedad de la parte que lo recibe, ya que lo hizo con una opinión diferente. Por lo tanto, si gasta el dinero, aunque sea responsable de una acción personal para su recuperación, **aún puede hacer uso de una excepción basada en el fraude**, porque el dinero se gastó de acuerdo con el deseo de la parte que lo entregó. (1) Si te doy dinero como un depósito, pero tú lo aceptas como un préstamo, no es ni un depósito ni un préstamo; y la misma regla se aplica si das dinero como un préstamo para ser consumido y yo lo acepto como un préstamo para ser utilizado con fines de ostentación; en ambos casos, sin embargo, si el dinero se gasta, **habrá motivos para una acción personal de recuperación sin una excepción basada en el fraude**.
31.1 (12.1)	Paulo, sobre Plaucio, Libro XVII (1**) Compré tu esclavo de buena fe a un ladrón**, sin conocer los hechos, y el propio esclavo compró otro esclavo con su peculio que te pertenecía, y este segundo esclavo me fue entregado. Sabinus y Cassius dicen que tú puedes entablar una acción personal contra mí para recuperar el segundo esclavo; pero si he perdido algo debido a la transacción que él realizó, a su vez, tendré derecho a una acción contra ti. Esto es totalmente cierto, ya que Julianus dice que se debe considerar si el dueño tiene un derecho de acción inalterado derivado de la compra, **pero el vendedor puede entablar una acción personal para recuperar al comprador de buena fe.** En cuanto al dinero obtenido del peculio, si todavía es accesible, el dueño puede presentar una demanda para recuperarlo, pero será responsable ante el vendedor en una acción De peculio por el pago del precio; pero si el dinero se ha gastado, el derecho de acción De peculio se extinguirá. Sin embargo, Julianus debería haber agregado que el vendedor sólo es responsable ante el dueño del esclavo por la compra si le paga el precio completo y cualquier otro monto adeudado, como si hubiera hecho el contrato con un hombre libre. **La misma regla se aplica cuando hago un pago a un poseedor de buena fe, si estoy dispuesto a ceder al dueño cualquier derecho de acción que pueda tener contra el mencionado poseedor.**
41- parr (12.1)	41. Africanus, Preguntas, Libro VIII. Habiendo nombrado un testador a su esclavo Stichus contador en cierta provincia, se leyó su testamento en Roma, por el cual dicho Stichus fue puesto

	en libertad y nombrado heredero de una parte de la herencia; y Stichus, que ignoraba su cambio de condición, continuó cobrando el dinero del difunto, e hizo préstamos, y algunas veces hizo estipulaciones y tomó compromisos; se pidió una opinión ¿cuál era la ley en el caso? Se sostuvo que los deudores que le habían pagado quedaban libres de responsabilidad, siempre que tampoco supieran que el dueño del esclavo había muerto; pero con referencia a las sumas de dinero que habían llegado a manos de Stichus, sus coherederos no tenían derecho a presentar una acción para la partición de la herencia, sino que se les debería otorgar una sobre la base del negocio realizado; y donde él mismo había prestado dinero, la propiedad en el mismo sólo se transfirió en proporción a la cantidad de la que él mismo era heredero. Esto es así, porque si te doy dinero para que se lo prestes a Stichus, y luego muero, y tú, ignorando el hecho, le das el dinero, no transferirás la propiedad en el mismo; porque, a pesar de que puede sostenerse que los deudores después de pagarle quedan libres de responsabilidad, no se establece que tenga derecho a disponer de la propiedad del dinero prestándolo. Por tanto, si no se hubiere estipulado la devolución, no se podía demandar por el dinero prestado, en proporción a la parte del coheredero, ni retener las prendas. Sin embargo, si la estipulación se hizo para el reembolso, es una cuestión de importancia en qué términos se hizo la estipulación; por ejemplo, si lo hizo expresamente a favor de Titius, su dueño, que estaba muerto en ese momento, no hay duda de que la estipulación sería nula; pero si estipuló que se le devolviese el dinero, debe tenerse por entendido que adquirió el beneficio del mismo de la herencia**; así como cuando los hombres libres o los esclavos ajenos nos sirven de buena fe, lo que adquieran con nuestra propiedad nos pertenece**; por tanto, todo lo que se adquiere a través de una parte de la herencia se hace en beneficio de la herencia misma. Sin embargo, cuando los coherederos han constituido una herencia, no se puede considerar que esta regla se aplica igualmente; en todo caso, si sabían que Stichus fue nombrado coheredero con ellos, **ya que, en este caso, no pueden considerarse poseedores de buena fe los que no tenían la intención de tener la posesión.** Sin embargo, si el caso sugerido se refiere a coherederos que ignoran los hechos, por ejemplo, porque ellos mismos eran herederos necesarios, la misma opinión puede todavía darse**; y en este caso resultará que si dicho esclavo tuviere coherederos de la misma condición, todos se tendrán por servidos unos a otros de buena fe**.
9.5 (12.2)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXI. (5) Además, **cuando una parte presenta un juramento a un deudor en fraude de sus acreedores, y los acreedores obtienen una réplica basada en el fraude contra una excepción fundada en el juramento**; y, además, si la **parte culpable de fraude** presenta un juramento a un acreedor para hacerlo jurar que le debe diez aurei, y luego, cuando su propiedad ha sido vendida, desea entablar una acción; la acción debe ser rechazada, o **puede ser opuesta por una excepción basada en el fraude contra los acreedores**.
30.3 (12.2)	30. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XVIII.

	(3) En una acción popular, un juramento que ha sido exigido puede ser usado contra otros **sólo si fue exigido de buena fe**; porque, cuando alguien inicia un proceso, esto no impide una acción pública, a menos que el proceso se haya iniciado por connivencia.
4.2 (12.3)	Ulpiano, del Edicto, Libro XXXVI (2) Se puede jurar cualquier suma; pero, pregunto, ¿puede el juez fijar un límite al juramento para restringirlo a cierta cantidad, a fin de evitar que la parte aproveche para jurar una suma inmensa? Se establece que queda a discreción del juez prestar juramento o no hacerlo; y por tanto se plantea la cuestión de si quien puede negarse a prestar juramento no puede también limitar la cantidad a jurar; **y esto también queda a discreción de un juez que actúe de buena fe**.
5-parr (12.3)	5. Marciano, Reglas, Libro IV. En las acciones reales y en las de producción, **así como en las de buena fe**, se presta juramento con referencia a la demanda.
3.5 (12.4)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXVI. (5) Cuando un hombre libre que me estaba sirviendo **como esclavo de buena fe** me paga dinero con la condición de que lo manumite, y lo hago, y luego se prueba que es libre; surge la pregunta, ¿puede iniciar una acción contra mí para recuperar el dinero? Julianus dice en el Undécimo Libro del Digesto que la parte manumitida tiene derecho de acción para su recuperación. Neracio también, en el Libro de los Pergaminos, afirma que un tal Paris, un bailarín, que había pagado a Domicia, la hija de Nerón, diez aurei para obtener su libertad, entabló una acción contra ella para recuperarla, y la investigación no se hizo en cuanto a si Domicia lo recibió sabiendo en ese momento que estaba libre.
9.1 (12.4)	9. Pablo, sobre Plauto, Libro XVII. Si tengo la intención de dar dinero a una mujer y lo pago a su prometido como dote por su dirección, pero el matrimonio no se lleva a cabo, la mujer tiene derecho a una acción para su recuperación. Pero si hice un contrato con el prometido y le entregué el dinero con el entendimiento de que, si se llevaba a cabo el matrimonio, la dote sería adquirida por la mujer, pero si no se realizaba, me lo devolverían; se entrega como si fuera a cambio de algo, y si esto no sucedió, puedo recuperarlo del prometido. (1) Si alguien, por error, promete dinero al futuro esposo de una mujer, por su dirección, que no le debe, y el matrimonio se lleva a cabo, **no puede usar una excepción basada en la intención fraudulenta**; **porque el esposo estaba gestionando su propio negocio, no es culpable de fraude y no debería ser engañado, lo cual sería el caso si se le obligara a tomar una esposa que no**

	tiene dote. Por lo tanto, la parte mencionada tiene derecho a una acción de recuperación contra la mujer, y en ella puede exigirle lo que le dio a su esposo, o que quede exento de responsabilidad si aún no ha realizado el pago. Pero si el esposo presenta una acción para recuperar el dinero después de que el matrimonio se ha disuelto, la excepción solo debería ser un obstáculo con respecto a la cantidad que la mujer habría recibido.
3-parr (12.6)	3. Papiniano, Preguntas, Libro XXVIII. Lo mismo debe seguirse cuando, después de pagados los legados, algún acontecimiento nuevo o inesperado transfiere la herencia a otros; por ejemplo, donde nace un hijo póstumo que el heredero no sabía que estaba en el vientre de su madre, o donde regresa un hijo que estaba en manos del enemigo ya quien su padre erróneamente creía muerto; porque el emperador Titius Antoninus declaró en un Rescripto que se debe otorgar una acción pretoriana a un hijo póstumo o a quien se le haya otorgado la herencia contra las partes que habían recibido legados, **porque el poseedor de buena fe es responsable de la cantidad por que se hizo más rico, y el riesgo de reclamaciones de este tipo no se aplica a una parte que hace el pago sin ser culpable de negligencia**.
15-parr (12.6)	15. Paulo, Sobre Sabino, Libro X. El derecho a recobrar lo que no se debía se basa en la ley natural, y por tanto la acción comprenderá cualquier adición a la propiedad, por ejemplo, un hijo nacido de una esclava, o cualquier tierra añadida por aluvión; y, en efecto, también incluye **las cosechas recolectadas de buena fe** por la parte a quien se hizo la entrega.
23.3 (12.6)	23. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XLIII. (3) Si alguien, después de haber llegado a un acuerdo, sin embargo, tiene un fallo en su contra; aunque esto sea injusto, el fallo es válido. **Sin embargo, la parte puede alegar una excepción basada en el fraude contra cualquier persona que desee litigar, si es que hizo el acuerdo antes de que se unieran los puntos en disputa**; pero si esto se hizo después, **aún puede utilizar una excepción basada en la mala fe cometida posteriormente**. Porque actúa fraudulentamente quien sigue adelante a pesar de un acuerdo y aún exige el pago; y por lo tanto, si el demandado tiene un fallo en su contra, puede entablar una acción para recuperar lo que pagó cumpliendo con el acuerdo. Es cierto que lo pagó por una consideración, y cuando se paga algo por una consideración, no es común entablar una acción si la consideración se lleva a cabo; pero, en este caso, no se puede sostener que la consideración se llevó a cabo porque la parte no cumplió con el acuerdo. Cuando surge el derecho de acción para la recuperación, no hay motivo para una excepción basada en el acuerdo, ya que la demanda de recuperación y la excepción no pueden ser operativas al mismo tiempo.

61-parr (12.6)	61. Scaevola, Opiniones, Libro V. Los tutores de un pupilo pagaron a ciertos acreedores de su padre de la herencia de este último, pero después, al no resultar suficiente la propiedad, hicieron que el pupilo rechazara la herencia; y se plantea la cuestión de si los acreedores estarían obligados a devolver el exceso que les pagó el tutor, o si deben devolver todo lo que recibieron. **Respondí que, si no se había cometido fraude, nada se debía a los tutores ni al pupilo, sino que respondían a los demás acreedores por la cantidad del exceso de las deudas que se habían pagado**.
67-parr (12.6)	67. Scaevola, Compendio, Libro V. Stichus, habiendo recibido su libertad por voluntad de la parte que creía ser su dueño, con la condición de que, durante diez años después de la muerte de este último, pagaría diez aurei anuales a sus herederos, pagó la cantidad prescrita durante ocho años, como se le ordenó hacer; luego se aseguró de que nació libre y no hizo ningún pago por los años restantes, y también fue declarado nacido libre en la corte. Se planteó la cuestión de si podía entablar un procedimiento para la recuperación del dinero por impago y, en caso afirmativo, ¿mediante qué tipo de acción? **La respuesta fue que, si el dinero que pagaba no lo había obtenido ni por su propio trabajo ni por la propiedad de aquél a quien había servido de buena fe, podía ejercitarse una acción para recuperarlo.**

13. Libro 13: Sobre las acciones legales derivadas del robo.

Referencia	Cita del Digesto
16-parr (13.1)	16. Pomponio, Sobre Quinto Mucio , Libro XXXVIII. Cuando alguien comete un hurto usando algo que le fue prestado o depositado en su poder, puede ser obligado a rendir cuentas mediante una acción personal de recuperación también por causa del hurto, y esto difiere de la acción de recuperación de bienes prestados, porque**, aunque los bienes hubieran sido destruidos sin su malicia o negligencia**, estará, sin embargo, sujeto a la acción personal de recuperación; mientras que en la acción para recobrar bienes prestados no será fácilmente responsable**, excepto cuando haya sido culpable de negligencia, y en una acción sobre depósito no será responsable en absoluto a menos que se establezca una intención maliciosa**.
7.1 (13.4)	7. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXVIII. **En los casos de buena fe,** aun cuando en el contrato se haya convenido que algo debe ser entregado en cierto lugar, puede ejercitarse la acción de compra, de venta o de depósito, pero no procederá la arbitraria.

	(1) Sin embargo, cuando una parte estipuló que entregaría la propiedad en un lugar determinado, esta acción debe emplearse.
1-parr (13.5)	1. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXVII. En este Edicto el Pretor favorece la equidad natural, ya que protege las promesas hechas por consentimiento, **ya que la violación de la buena fe es un asunto grave.**
6-parr (13.5)	6. Paulus, Sentencias, Libro II. La misma regla se aplica cuando se hace una promesa a alguien que me está sirviendo como **esclavo de buena fe**.
31-parr (13.5)	31. Scaevola, Compendio, Libro V. Lucius Titius murió siendo deudor de los Seii, y persuadieron a Publius Maevius de que la propiedad le pertenecía, y le hicieron escribir una carta para ellos en la que declaraba que era su deudor de tal manera que admitía que él era el heredero de su tío paterno; y en esta carta añadió que la cantidad adeudada había sido anotada en sus cuentas. Se planteó la cuestión de si, puesto que nada había llegado a manos de Publio Maevio de la herencia de Lucio Titio, si podía ser demandado por el dinero prometido en la carta antes mencionada, **y si podía hacer uso de una excepción por motivo de fraude**. La respuesta fue que no cabía acción civil por ese motivo, pero que tampoco cabía acción de cobro prometido, según los hechos expuestos. También se preguntó si se podía entablar una demanda para recuperar los intereses que se habían pagado por el motivo antes mencionado. La respuesta fue que, de acuerdo con los hechos expuestos, podría serlo.
21.2 (13.5)	Paulus, Del Edicto, Libro XXIX (2) En esta acción, **como en otras acciones de buena fe**, el mismo juramento cobrará su obligación si simplemente ofrece garantía; pero cuando promete que dará fianza y ofrece fianza o prenda, no será responsable, porque no importa de qué manera da fianza.
1.2 (13.6)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXVIII. (2) Las personas menores de edad no están sujetas a una acción sobre un préstamo para uso, ya que un préstamo de este tipo no puede existir con referencia a un pupilo sin la autoridad de su tutor; y este principio es aplicable en tal medida que, aun cuando después de llegar a la pubertad, **el muchacho cometa fraude o sea culpable de negligencia, no estará sujeto a la acción, porque en un principio el préstamo fue inoperante.**
3.2 (13.6)	3. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXVIII.

	(2) **En esta acción, como en otras acciones de buena fe**, se tomará el mismo juramento con referencia a la reclamación, y en lo que se refiere al valor de la propiedad, se debe considerar el tiempo en que se decidió el caso; aunque, en estricto derecho, el tiempo en que se acumuló es el que debe tomarse en consideración.
3.5 (13.6)	3. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXVIII. (5) El padre o el propietario no tendrá juicio contra él únicamente por el hecho ilícito del hijo o del esclavo, ya que **sólo se considerará fraude por parte del padre o propietario mismo**; distinción que hace Juliano, con referencia a la acción de prenda, en el Libro XI.
5.2 (13.6)	5. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXVIII. (2) Hay que examinar ahora qué es lo que debe tomarse en consideración en una acción de préstamo para uso, **si dolo o negligencia**, o todo tipo de riesgo; y, de hecho**, en los contratos somos a veces culpables de fraude y a veces de negligencia**; de fraude en el caso del depósito, porque, como no se obtendrá ningún beneficio para la parte en la que se depositan los bienes, **es razonable que sólo se considere el fraude, a menos que se haga una compensación, porque entonces (como se ha dicho promulgada), se incluye la negligencia**; o donde se acordó desde un principio que la parte con quien se depositó el artículo debería ser responsable tanto de la negligencia como del accidente. Sin embargo, cuando se trata de la ventaja de ambas partes en un caso de venta, arrendamiento, dote, prenda o sociedad**, la responsabilidad recae tanto por dolo como por negligencia.** Con referencia a un préstamo, la ventaja total que se acumula es generalmente la de la parte a quien se le presta la propiedad; y por lo tanto la opinión de Quintus Mucius, **que pensó que la parte debe ser responsable por negligencia, y también debe usar diligencia**, es la más correcta.
5.10 (13.6)	5. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXVIII. (10) Es evidente que a veces **el que pidió un préstamo será responsable sólo de la malicia mostrada con referencia a la propiedad prestada**, como, por ejemplo, cuando alguien celebró un acuerdo a este efecto, o cuando la parte hizo el préstamo, sólo para su propio beneficio; por ejemplo, donde se lo hizo a su prometida o a su esposa, para que ella estuviera mejor ataviada cuando se la trajeran; o donde el Pretor exhibió juegos y les hizo un préstamo a los actores, o alguien voluntariamente prestó cosas para este propósito al Pretor.
10.1 & 10.12 (13.6)	10. Ulpiano, sobre Sabino , Libro XXIX. (1) Si le doy un artículo a alguien para que pueda examinarlo, surge la pregunta de si ocupa la misma posición legal que alguien a quien se le presta la propiedad. **Si, en verdad, se lo di por mi cuenta, porque quería que averiguara su valor, sólo será responsable ante mí por fraude**; pero si se lo di por su cuenta, también será responsable de su custodia, y por tanto tendrá derecho a la acción de hurto. Pero si la cosa se perdiere estando devuelta, y yo

	le hubiere indicado a quién debe devolverla, el riesgo será mío; pero si lo encomendó al cuidado de alguien que él mismo escogió, también será **responsable ante mí por negligencia**, si lo recibió por su propia cuenta. 12. Ulpiano , Sobre Sabino , Libro XXIX. Pero si lo recibió a mi cuenta, **sólo será responsable por fraude**.
13.2 (13.6)	13. Pomponio, Sobre Sabino , Libro XI. (2) Cuando preste un artículo a un hombre libre **que me ha estado sirviendo de buena fe como esclavo**, veamos si tengo derecho a una acción de préstamo contra él. Celso , el hijo, dice que si yo le hubiera mandado hacer algo, podría proceder contra él o por una acción de mandato, o por una acción de interpretación del contrato, y por lo tanto la misma regla debe aplicarse en el caso de un préstamo. No importa que, si **contratamos con un hombre libre que nos sirve de buena fe como esclavo**, no lo hagamos con la intención de ponerlo en una obligación, porque sucede con frecuencia que surge una obligación tácita además de la que es previsto en ese momento; como, por ejemplo, cuando dinero que no se adeuda se paga por error con el propósito de saldar una deuda.
17-parr (13.6)	17. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXIX. En un caso de préstamo, **un acuerdo de que el depositario no será responsable por mala fe no es válido**.
18-parr (13.6)	18. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro IX. Cuando se prestan bienes, **debe ejercerse la misma diligencia que cualquier cabeza de familia muy cuidadosa emplea con respecto a sus propios bienes**, para que no sea responsable de un accidente, excepto aquellos que no se pueden resistir; como, por ejemplo, **las muertes de esclavos que ocurren sin malicia o negligencia de su parte,** los ataques de ladrones y enemigos, las estratagemas de piratas, los naufragios, los incendios y la fuga de esclavos que no es habitual tener bajo custodia. Con referencia a lo que hemos dicho acerca de los ladrones, piratas y náufragos, debemos entender que esto quiere decir que donde se ha prestado una propiedad a un hombre de tal manera que pueda llevarla consigo en un viaje; pero si a alguno le presto una placa de plata porque dijo que iba a invitar a cenar a unos amigos, y se la lleva fuera del pais, no hay duda de que será responsable de todo lo que pase por los actos de piratas y ladrones, o por motivo de naufragio. Este es el caso en el que la propiedad se prestó sólo como un favor al prestatario, pero si se hizo en beneficio de ambas partes, por ejemplo, en el que invitamos a cenar a un amigo en común, y usted se encarga de administrar el asunto, y te presto el plato; **Soy consciente de que ciertas autoridades sostienen que usted sólo es responsable por la mala fe,**

	pero se debe considerar si no es también responsable por la negligencia, ya que la determinación de la negligencia normalmente se hace sobre el mismo principio que cuando la propiedad se da en prenda o como dote.
1.2 (13.7)	1. Ulpiano , Sobre Sabino , Libro XL. (2) Sin embargo, si alguien cuando entrega el bronce en prenda, declara que es oro, y lo da en prenda, debe considerarse si no da en prenda el bronce, y si como un acuerdo se hizo como a lo que se ha de dar, no se puede tener por prenda? Esta es la mejor opinión; sin embargo, el que la dio quedará sujeto a la acción contraria a la prenda, **sin tener en cuenta el fraude que perpetró**.
3-parr (13.7)	3. Pomponio, sobre Sabino , Libro XVIII. Cuando, habiendo sido asegurado por tu deudor que recibirás inmediatamente el dinero que te debe, le devuelves la cosa dada en prenda, y él la pasa por una ventana a alguien a quien deliberadamente colocó allí para recibirla; Labeo dice que se puede ejercitar la acción de hurto, y también la de producción contra el deudor; y si ejercitare reconvención a la prenda, y el deudor interpusiere excepción por haberle devuelto los bienes pignorados, **podrá interponerse réplica por dolo y mala fe**; **ya que se entiende que el artículo no fue devuelto sino que fue sustraído por artificio.**
9-parr (13.7)	9. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXVIII. Cuando un deudor me hubiere dado en prenda cosa ajena, o **hubiere obrado de mala fe con referencia a la prenda**, debe decirse que procederá la contraacción.
13.1 (13.7)	13. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXXVIII. Si, cuando un acreedor vendía una prenda, se concertó entre él y el comprador un convenio de que si el deudor paga el dinero de la compra al comprador, tendrá derecho a que se le devuelvan sus bienes; Julianus dice que también se dice en un rescripto que, a causa de este acuerdo**, el acreedor está obligado por la acción de prenda a transferir al deudor su acción de venta contra el comprador**. El deudor mismo, sin embargo, puede ejercitar la acción de recuperación de los bienes, o de factum contra el comprador. (1) Tanto la malicia como la negligencia pueden ser objeto de esta acción, como en el caso de un préstamo para uso. La custodia también está incluida, pero la violencia irresistible no está dentro de su alcance.
15-parr (13.7)	15. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXVIII. Cuando el acreedor devuelve la prenda, **debe dar al deudor seguridad contra el fraude**, y si la tierra fue dada en prenda, debe darle seguridad con referencia a su título, si las servidumbres se han perdido por la falta del acreedor de hacer uso de ellos

22.1 (13.7)	22. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXX. (1) Papinianus también dice que, cuando el acreedor, movido por el miedo, devolvió al deudor un esclavo que había sido dado en prenda, **y que había recibido de buena fe** para ese propósito, la misma regla se aplica; porque si entabla pleito porque lo ha hecho por coacción, y recobra el cuádruple de daños, no devolverá nada de lo que obtuvo, ni lo acreditará a la deuda.
22.2 (13.7)	22. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXX. (2) Si un ladrón da bienes en prenda, puede entablar una acción tanto sobre la prenda como sobre las ganancias, aunque no puede hacer suyas las ganancias; porque un ladrón puede ser demandado no sólo por las ganancias de la propiedad que está en existencia, sino también por la recuperación del valor de lo que se ha consumido; y **por tanto le será una ventaja el hecho de que el acreedor fuera poseedor de buena fe**.
22.4 (13.7)	23. Trifonino , Disputas, Libro VIII. Porque no podrá cobrar del deudor más que el importe de la deuda. Sin embargo, si hubo un acuerdo de interés, y cinco años, por ejemplo, después de haber recibido el precio de la cosa dada en prenda, el acreedor, habiendo perdido su caso, hace restitución al comprador, puede recuperar del deudor el interés, por el tiempo intermedio, porque es evidente que nada se le ha pagado de tal manera que no pueda ser privado de ello. Sin embargo, **cuando sólo haya pagado el precio recibido, estará excluido por una excepción por motivo de fraude de** la reclamación de intereses, ya que ha tenido el uso del dinero de compra que recibió del comprador.
25-parr (13.7)	25. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXI. Cuando el acreedor hubiere instruido en varios oficios a los esclavos pignorados, procederá la contraacción si ya hubieren adquirido conocimientos en estas materias, o si la instrucción se hubiere dado con consentimiento del deudor. Pero si ninguna de estas cosas fuere el caso, y los comercios fueran necesarios, la acción contraria mentirá, pero no en la medida en que el deudor se vea obligado a perder los esclavos por el monto del gasto; **porque, así como no se permite que el acreedor descuide la cosa por malicia y negligencia**, así tampoco se le permite poner la prenda en tal condición que su recuperación sea onerosa para el deudor; como, por ejemplo, cuando una gran extensión de tierra es dada en prenda por un hombre que difícilmente puede redimirla, y ni siquiera la cultiva, y tú, habiéndola recibido en prenda, la cultivas de tal manera que gran valor; como, en efecto, no es justo que me vea obligado a buscar otros acreedores, oa vender lo que quería recuperar, oa dejarlo en vuestras manos por la fuerza de la pobreza. Estos asuntos deben ser considerados por el juez, quien debe tomar un camino intermedio, para no escuchar las objeciones triviales del deudor, o las pretensiones opresivas del acreedor.

29-parr (13.7)	29. Julianus, Compendio, Libro XLIV. **Si de buena fe compras cosa ajena**, y me la das en prenda, y pides que se le devuelva por tolerancia; y luego el dueño de dicha propiedad me nombra su heredero, deja de ser prenda, y sólo subsiste el derecho por tolerancia; y por tanto vuestra usucapión será interrumpida.
36.1 (13.7)	36. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XI. (1) De nuevo , si alguien **a sabiendas y deliberadamente** me da en prenda bienes que pertenecen a otro, **o si me grava bienes ya gravados a otro, y no me informa del hecho, puede ser castigado por el mismo delito**. Es evidente que, si los bienes son de valor considerable, y están empeñados sólo por una pequeña suma de dinero, debe decirse que no existe el delito de estafa, y también que las acciones sobre prenda **y sobre fraude no procederán, porque la parte que recibió la propiedad como segunda prenda no fue aprovechada en forma alguna**.

14. Libro 14: Sobre las acciones legales derivadas de la posesión.

Referencia	Cita del Digesto
1.2 (14.1)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXVIII. (2) Pero si el contrato se hace con uno de los marineros, no se concederá acción contra el armador; aunque contra él se concederá uno por cualquier delito cometido por alguno de los que se hallan a bordo de la nave con el fin de navegar por la misma; porque una cosa es la causa de la acción de un contrato, y otra la que procede de un delito; ya que la parte que nombra a un patrón permite que se hagan contratos con él, pero el que emplea marineros no permite que se hagan contratos con ellos, **pero debe cuidar que no sean culpables de negligencia o fraude.**
10.1 (14.2)	10. Labeo, Epitomes of the Probabilidades of Paulus, Libro I. (1) Si contratásteis un barco bajo la condición de que vuestros bienes fueran transportados en él, y el capitán del barco, sin estar compelido por necesidad, colocó vuestra propiedad en un barco inferior, sabiendo que no deseabais que esto se hiciera, y vuestros bienes se perdieron, junto con el barco en el que fueron transportados por última vez, tendréis derecho a una acción por el contrato de arrendamiento contra el capitán del primer barco. Sin embargo, Paulus dice que esto no es cierto, **siempre que ambos barcos se perdieran durante el viaje, ya que esto ocurrió sin la malicia o negligencia de los marineros.** La regla es la misma si el primer capitán, habiendo sido detenido por autoridades públicas, fue impedido de navegar con vuestros bienes. Esta regla también es aplicable si él hizo un contrato contigo bajo la condición de

	que te pagaría una cierta penalización si, en un día acordado, no desembarcaba tus bienes en el lugar al que había acordado transportarlos, y él no fue culpable si no esperó; incluso si la penalización fue perdonada. Debemos observar la misma regla en un caso imaginario similar, donde se demuestra que el capitán, habiendo sido impedido por enfermedad, no pudo navegar, si su barco se volvió inadecuado para la navegación **sin ninguna intención maliciosa o negligencia de su parte.**
11.4 (14.3)	11. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXVIII. (4) Es esencial que el aviso se publique permanentemente; porque si el contrato se hizo antes de que se estableciera el aviso, o se hubiere ocultado, estará disponible la Acción Institoriana. Por tanto, si el dueño de la mercadería ponía un aviso, pero alguien lo quitaba, o por edad, lluvia, o cosa por el estilo, resultaba que no había aviso, o no aparecía; hay que decir que la parte que hizo el nombramiento será responsable. **Pero si el mismo mandatario lo quitó con el fin de engañarme, su maldad debe perjudicar a la parte que lo nombró, a no ser que el que hizo el contrato participó también en el fraude**.
1.5 (14.4)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX. (5) La Acción Tributoria será aplicable no sólo a los esclavos, **sino también a los que nos sirven de buena fe,** ya sean libres nacidos, esclavos de otros, o aquellos en quienes tenemos un usufructo.
3.1 & 3.2 (14.4)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX. (1) Si el esclavo de un pupilo o de una persona insana, con el conocimiento de su tutor o curador, utiliza los fondos del peculio en transacciones comerciales, **considero que el fraude del tutor o del curador no debe perjudicar al pupilo o a la persona insana, ni debería ser una fuente de ganancia para él;** y, por lo tanto, no debería estar sujeto a la Acción Tributoria, por cuenta del fraude del tutor, sino solo en la medida en que pudiera haber obtenido algún beneficio de ello. Creo que la misma regla se aplica a una persona insana, aunque Pomponio, en el Octavo Libro de Epístolas, afirmó que **si un tutor es solvente, su pupilo es responsable por su fraude, y es evidente que será responsable hasta el punto en que deba ceder el derecho de acción que tiene contra su tutor.** (2) Además, **si el fraude fue cometido por el propio pupilo y tiene la edad suficiente para ser capaz de ello, esto tiene el efecto de hacerlo responsable**; aunque su conocimiento no sea suficiente para realizar transacciones comerciales. ¿Qué curso de acción debe seguirse entonces? El conocimiento del tutor y curador debería proporcionar base para esta acción, **y he demostrado hasta qué punto el fraude puede causar daño.**
7-2 y 3 (14.4)	7. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXIX.

	(2) Donde, a través de la **maquinación maliciosa de alguien**, el resultado es que no se hizo la contribución adecuada, se concede la Acción Tributoria contra él, **para obligarlo a resarcir la cantidad por la cual lo contribuido es menor de lo que debería haber sido.** Esta acción actúa como una restricción sobre la intención maliciosa del amo. Se considera que se contribuye demasiado poco si no se contribuye nada. Sin embargo, si, desconociendo lo que el esclavo ha invertido en mercancías, contribuye demasiado poco, no se considera que haya actuado con **intención maliciosa**; pero si, **habiendo conocido los hechos, descuida hacer la contribución adecuada, ahora no está libre de fraude.** Por lo tanto, si obtiene el pago para sí mismo de las mercancías, en realidad se considera que **ha contribuido fraudulentamente demasiado poco**. (3) Además, si el amo permitió que la propiedad se destruyera o se destinara a un propósito indebido, o la vendió intencionalmente a un precio demasiado bajo, o no exigió el pago de los compradores; se debe considerar que será responsable de la Acción Tributoria, si existía **intención fraudulenta**.
8-parr (14.4)	8. Julianus, Digesto, Libro XI. Ya que el procedimiento no se basa en el fraude, sino que incluye el ejercicio de un reclamo, tanto el amo como su heredero deben ser considerados perpetuamente responsables por los actos del esclavo fallecido, aunque la acción sólo procederá cuando se haya cometido fraude.
9.2 (14.4)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX. (2) Labeo afirma que si el peculio es legado a un esclavo manumitido por testamento, el heredero no debería ser responsable de la Acción Tributoria, **ya que ni ha obtenido nada ni ha sido culpable de fraude.** Por otro lado, Pomponio, en el Libro Sesenta, afirma que el heredero es responsable de la Acción Tributoria, a menos que haya tomado precauciones para obtener seguridad por parte del esclavo, o haya deducido del peculio lo que debería haberse contribuido. Esta opinión no es irrazonable, **ya que aquel que actuó de tal manera para evitar la contribución es culpable de maquinación maliciosa**. La acción contra el heredero con respecto a lo que llega a sus manos será otorgada por nosotros, **siempre que sea demandado por el fraude del difunto, pero no cuando sea demandado por su propio fraude.**
6- parr (14.5)	6. Ulpianus, Disputaciones, Libro II. Marcelo afirma que una persona que pretende ser el cabeza de familia y entra en una estipulación bajo la dirección de cualquier otra, es responsable en una acción por mandato, aunque no pueda cumplir con la cantidad estipulada**; y, de hecho, es cierto que debería ser responsable, porque ha incurrido en fraude. Esto también puede aplicarse a todas las acciones basadas en la buena fe.**

7-parr, 7.1-3 (14.6)	7. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX. Además, si un hijo sujeto al control paterno se convierte en fiador, Neratius establece en el Libro Primero y Segundo de Opiniones que el Decreto del Senado no es aplicable. Celso dice lo mismo en el Libro Cuarto, pero Juliano añade que si se busca un pretexto, para que un hijo bajo patria potestad, que estaba para recibir un préstamo, se convierta en fiador, apareciendo otra parte como deudor principal; **el fraude cometido contra el Decreto del Senado causa perjuicio,** y que se debe conceder una excepción tanto al hijo bajo la patria potestad como al deudor principal, ya que se concede alivio también a la fianza de un hijo. (1) También dice que si yo acepto dos deudores, un hijo bajo la patria potestad y Ticio, cuando el dinero había de pasar a manos del primero, pero acepto a Ticio como deudor principal, para que, en garantía, no podrá acogerse al Decreto del Senado; **debe concederse una excepción basada en este acto fraudulento.** (2) Además, si un hijo bajo la patria potestad cuando su padre había estado desterrado o estuvo ausente por mucho tiempo, prometió una dote para su hija, y dio bienes de su padre en prenda; no se aplicará el Decreto del Senado, y los bienes del padre no estarán sujetos. Es evidente que si el hijo se convierte en heredero del padre, y entabla acción para recuperar la prenda, quedará prescrito **por una excepción por causa de fraude**. (3) Debe considerarse si debemos sostener que un préstamo no es sólo el pago de dinero, sino, de hecho, la entrega de todo lo que se puede prestar. Sin embargo, me parece que las palabras se refieren al dinero pagado, porque el Decreto del Senado dice: "Ha prestado dinero". **Pero si se ha cometido fraude en el Decreto del Senado, por ejemplo, cuando se presta grano, vino o aceite, para que, habiéndose vendido estas cosas, se use el dinero obtenido de ellas, se debe conceder alivio a un hijo bajo control paterno.**

15. Libro 15: Sobre los servidumbres y los linderos.

Referencia	Cita del Digesto
1.6 (15.1)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX. (6) La propiedad de los esclavos no debe tener mayor consideración que el derecho de tener autoridad sobre ellos; porque podemos ser demandados no sólo por nuestros propios esclavos, sino también por los que son comunes, **así como por los que de buena fe nos sirven como esclavos, sean libres o esclavos de otros.**
3.7 (15.1)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX.

	(7) Lo dicho por el mismo Juliano concuerda con lo siguiente, a saber; si acepto una fianza de mi hijo, cualquier cosa que reciba de dicha fianza estaré obligado a pagar, no por razón de bienes empleados en mi beneficio, sino en una acción por mandato hasta el monto del peculio. Puedes comprender que la misma regla se aplica en el caso de la fianza de un esclavo, y cuando otra persona me paga en nombre de mi hijo que es mi deudor. También dijo que si mi hijo no era mi deudor, **el fiador tendrá derecho a hacer uso de una excepción por causa de fraude, ya ejercitar una acción personal de recuperación si ha hecho el pago.**
9.4 (15.1)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX. (4) Además, también se deducirá lo que se deba a aquellas personas que estén bajo la tutela o cuidado del amo o padre, o cuyo negocio esté atendiendo, **siempre que esté libre de fraude**; ya que si destruye o disminuye el peculio por actos dolosos, será responsable; **porque si se presume siempre que el patrón es más diligente** y demanda, ¿por qué no se puede decir también que procedió contra sí mismo en este caso, en el cual sería responsable o por causa de la tutela o por los negocios hechos? o en una acción equitativa? Porque, como muy bien dice Pedio, la cantidad del peculio disminuye con lo que se debe al amo o al padre, porque no es probable que el amo consienta en que el esclavo tenga en su peculio lo que se le debe. Y, en efecto, si en otros casos decimos que el que está atendiendo negocios por cuenta ajena o el que está administrando una tutela, ha recobrado dinero de sí mismo, ¿por qué no ha de haber recobrado también en este caso de peculio lo que debía? ¿haber hecho? Por lo tanto, esta opinión puede ser defendida, como si se hubiera pagado a sí mismo la cantidad, cuando alguien intenta ejercitar una acción sobre el peculio.
13-parr (15.1)	13. Ulpiano, sobre el Edicto, Libro XXIX. Pero que ninguna de las partes puede deducir lo que le debe a la otra no es cierto en el caso del comprador y vendedor, del usufructuario y el mero propietario, y en el caso de otros que no son socios, así como del único propietario **y el comprador de buena fe;** y esto lo afirma Juliano en el Libro Doceavo.
15-parr (15.1)	15. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX. Pero **si hay dos poseedores de buena fe,** aún así se debe afirmar que ninguno de ellos puede deducir más de lo que le corresponde; y la misma regla se aplica cuando hay dos usufructuarios, ya que no tienen una sociedad entre ellos. A veces, esta misma regla también se aplica al caso de socios, si llegaran a tener peculios separados entre sí, de manera que uno de ellos no pueda ser demandado por el peculio del otro. Sin embargo, cuando el peculio es común, pueden ser demandados por la cantidad completa, y lo que se les debe a cada uno de ellos se deducirá.

19.1 (15.1)	(1) Puede haber en mis manos un peculium poseído por dos títulos legales diferentes; como, por ejemplo, si hay un esclavo dotal, puede tener un peculium en el que estoy interesado, y también puede tener uno en el que está interesado mi mujer, por lo que ha obtenido por el negocio del marido, o por su trabajo, pertenece al marido; y por eso, si ha sido nombrado heredero, o se le ha legado un legado con referencia al marido, Pomponio dice que no está obligado a dejarlo. Por lo tanto, si se interpone una acción contra mí sobre un contrato en el que estoy interesado, ¿puedo deducir todo lo que se me debe, ya sea relacionado con mi propio negocio o con el de mi esposa? ¿O separamos los casos del marido y la mujer en lo que se refiere a las dos peculias, para permitir que se considere el origen de la deuda por la que se demanda; de modo que si, en efecto, se inicia un proceso con referencia al peculium en que se trata la mujer, puedo deducir lo que se debe de ese contrato, si en un contrato en el que estoy interesado puedo deducir lo que me pertenece? Esta cuestión se trata con mayor claridad en el caso de un usufructuario, ¿si la demanda por el peculium sólo puede entablarse contra él sobre el contrato que le concierne, o si puede entablarse sobre cualquier contrato? Marcelo afirma que el usufructuario también es responsable, y en cualquier contrato, porque el que hace el contrato considera que todo el peculium del esclavo es de su propiedad. Dice que es evidente que ha de admitirse, en todo caso, que cuando se ha demandado primero a la parte que está interesada en el asunto, se puede demandar por lo demás al que no ha obtenido nada. Esta opinión es la más razonable y es aprobada por Papinianus. **También debe celebrarse en el caso de dos compradores de buena fe.** Pero en el caso del marido, es mejor decir simplemente que está sujeto a la acción sobre el peculio. Sin embargo, si el marido ha pagado algo a cuenta de una esclava de este tipo, ¿puede deducirlo contra la mujer que inicia una acción a causa de su dote? Y dice que si lo pagado al acreedor se refiere al peculio de cada especie, debe deducirse a prorrata del peculio de ambos, y de esto se puede entender que si el contrato se refería a uno u otro peculio, habrá, por un lado, una deducción hecha para la mujer sola, y por otro, no se hará ninguna, si el contrato se refería al peculium que quedaba con el marido.
21-parr, 21.1-3 (15.1)	21. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX. El Pretor también ha dispuesto, por razones justas, **que al peculio se le imputen todas las acciones maliciosas realizadas por el amo que hayan llevado a la disminución del peculio**. Debemos entender que la acción maliciosa incluye cuando el amo ha privado al esclavo de su peculio, así como también cuando le ha permitido involucrarse en asuntos relacionados con el peculio perjudicando a los acreedores; **Mela escribe que esto se considera una acción maliciosa. Además, si alguien tiene la idea de que otro va a demandarlo y transfiere el peculio a otra persona, no quedará exento de fraude**. Sin embargo, si paga la deuda a un tercero, no tengo dudas de que no será responsable, ya que está pagando a un acreedor y **es legítimo que un acreedor actúe diligentemente para recuperar lo que le pertenece**.

	(1) **Si la acción maliciosa es llevada a cabo por el fraude de un tutor, el curador de un incapaz o un agente**, se debe considerar si el pupilo, el incapaz o el principal deben ser demandados por el peculio. Creo que si el tutor es solvente, el pupilo debe compensar lo que se haya perdido por su acción maliciosa, especialmente si algo ha ingresado a sus manos; así lo afirma Pomponio en el Octavo Libro de las Epístolas. Lo mismo debe decirse en el caso del curador o el agente. (2) **El comprador no será responsable por el fraude del vendedor, ni tampoco lo será el heredero u otro sucesor, excepto en la medida en que haya recibido propiedad debido a dicho fraude.** (3) Tanto si el fraude se cometió antes como después de la unión de litis, quedará bajo la jurisdicción del tribunal.
30.6-7 (15.1)	30. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX. (6) **Cuando se alegue fraude, debe tenerse en cuenta el tiempo**, ya que el Pretor no puede permitir que se alegue el fraude en la barra después de que haya transcurrido el plazo para ejercitar la acción de fraude, ya que esta acción no se concede después de la expiración del plazo. el tiempo establecido por la ley. (7) En el caso del heredero, sin embargo, **la cláusula relativa al fraude debe redactarse con referencia a lo que ha llegado a sus manos, y no por más de esto**.
31-parr (15.1)	31. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXX. Sin embargo, **cuando el propio heredero ha cometido fraude, debe pagar la totalidad del importe**.
32-parr (15.1)	32. Ulpiano, Disputas, Libro II. Cuando uno de dos o más herederos de una parte que podría haber sido demandado dentro de un año, tiene una acción contra él, y el esclavo ha sido manumitido, o se ha ordenado que se haga, o ha sido vendido o muerto, todos los herederos quedarán libres de responsabilidad; aunque a la parte demandada no se le dicte sentencia en mayor cantidad que la del peculio que tiene en sus manos, y esto también lo dijo Juliano. La misma regla se aplica cuando la propiedad fue utilizada en beneficio de cualquiera de los herederos. **Mas cuando hubiere varios usufructuarios o poseedores de buena fe, y uno fuere demandado, liberará á los demás, aunque no se le dicte sentencia en mayor cantidad del peculio que la que tuviere en su poder**. Pero aunque esto se lleva a cabo de acuerdo con el estricto estado de derecho, la equidad exige que se conceda una acción contra aquellos que son liberados por un accidente de la ley, para que la recuperación en lugar de la demanda los libere; porque el

	que hace el contrato con el esclavo tiene en su mente, como propiedad suya, todo el importe de su peculio, dondequiera que fuere.
36-parr (15.1)	36. Ulpiano, Disputas, Libro II. Se trata de si, **en los contratos celebrados de buena fe, el padre o el amo deben responder sólo por el peculio o por la totalidad;** tal como se discutió en la acción de la dote, cuando se da una dote a un hijo, ¿si el padre sólo puede ser demandado por la cantidad del peculio? Yo, sin embargo, pienso que la acción puede ejercitarse no sólo por la cantidad del peculio, **sino también en la medida en que la mujer ha sido engañada y defraudada por la maliciosa artimaña del padre;** porque, si tiene la propiedad y no está dispuesta a entregarla, es justo que se le dicte sentencia por la cantidad que vale; **porque Pomponio dijo que lo que se dice expresamente en el caso de un esclavo a quien se le ha dado una propiedad en prenda también debe entenderse que se aplica a otras acciones de buena fe.** Porque si la propiedad se ha dado en prenda a un esclavo, la acción puede ser ejercitada no sólo por el peculium, y por lo que se ha empleado en el negocio del amo, sino que también tiene esta oración adicional: "**En la medida en que el demandante ha sido engañado y defraudado por la artimaña maliciosa del capitán". Se considera que el capitán ha actuado fraudulentamente si no está dispuesto a hacer la restitución cuando tiene el poder para hacerlo.**
50-parr (15.1)	50. Papiniano, Preguntas, Libro IX. En el momento en que no hay nada en el peculio, el padre se oculta, estando yo a punto de entablar una acción de peculio contra él, no se puede poner en posesión de su propiedad con el fin de conservarla, porque el que tendría derecho ser liberado de responsabilidad si hubiera juntado la cuestión, no es ocultarse con el propósito de cometer fraude. Tampoco importa que suceda que resulte un juicio en su contra; porque, además, si una deuda vence en cierto tiempo, o bajo alguna condición, la parte no está obligada a ocultarse por dolo, aunque sea injustamente condenada por el juez. Juliano, sin embargo, piensa que una fianza dada en el momento en que no hay nada en el peculium es responsable, ya que la fianza puede aceptarse para un derecho de acción futuro si se acepta de esta manera.
50.3 (15.1)	50. Papiniano, Preguntas, Libro IX. (3) **Un esclavo perteneciente a otro, mientras me servía de buena fe,** me pagó dinero prestado de Ticio, para que yo pudiera manumitarlo, y así lo hice; el acreedor preguntó a quién podía demandar por el peculio. Dije que, aunque en otros casos el acreedor tendría la opción, sin embargo, en el caso indicado, se debe entablar una demanda contra el amo, y él podría entablar una acción contra mí para la producción del dinero que había obtenido por él, y tenía no haber sido enajenado a causa de la transacción que se dice que ha tenido lugar

	con referencia a la condición civil del esclavo; ni debe admitirse la distinción de los que piensan que si yo no manumito al esclavo, el dinero debe pertenecer a su amo, pero si la manumisión se produce, el dinero se considera adquirido por mí, ya que se da a mí, más a causa de mi negocio, que como derivado de mi propiedad.
19-parr (15.3)	19. Paulus, Preguntas, Libro IV. Un hijo bajo control paterno compró una toga; y luego, habiendo muerto, ignorando su padre el hecho, y suponiendo que era suyo, lo usó en su funeral. Neracio afirma en el Segundo Libro de las Opiniones que esto se tiene por empleo de la propiedad en los asuntos del padre, pero que en la acción sobre el peculium lo que no existe debe computarse sólo en un caso, **allí es donde este es ocasionado por el fraude malicioso de aquél contra quien se entabla la demanda**. Sin embargo, si el padre estaba obligado a comprar una toga para su hijo, se empleó en los asuntos de su padre, no ahora cuando se usó en el funeral, sino en el momento en que la compró, para el funeral del hijo, es una deuda del padre. También Neracio, que pensaba que el padre era responsable por los bienes empleados en su negocio, explica que esta transacción (es decir, el entierro y el funeral del hijo) constituyen una deuda del padre y no del hijo. El, por tanto, habiéndose hecho deudor del peculio, aunque no exista la propiedad, puede también ser demandado del peculio; y en esta acción también se incluye lo que se ha empleado en sus negocios; cuya adición es, por necesaria que sea, transcurrido un año desde la muerte del hijo.
1.4 (15.4)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXIX. (8) Cuando se celebre un contrato con un esclavo por autoridad del usufructuario, **o con la de una persona a quien esté sirviendo de buena fe como esclavo;** Marcellus piensa que debe concederse esta acción contra él, y también apruebo esta opinión.

16. Libro 16: Sobre las acciones legales derivadas de otros derechos.

Referencia	Cita del Digesto
2.3 (16.1)	2. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXIX. (3) Sin embargo, sólo se les concede ayuda cuando no han sido culpables de engaño, y esto lo afirmaron los Divinos Pío y Severo en un Rescripto, **porque la ayuda se presta a los que han sido engañados, pero no a los que son culpables de fraude**; y esto se establece en el Rescripto de Severo, escrito en lengua griega, que dice que este Decreto del Senado no tiene el propósito de

	ayudar a las mujeres que son culpables de engaño, porque es la enfermedad de las mujeres, y no su astucia, que merece ayuda.
8.6 (16.1)	8. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXIX. (6) Si, por otro lado, ella ha sustituido a alguien que no era su deudor, se considera que se **ha cometido un fraude contra el Decreto del Senado**, y por lo tanto se otorgará una excepción.
26-parr (16.1)	26. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXXVII. Cuando una mujer, con la intención de obligarse por otra, declara en juicio que el esclavo de otra persona le pertenece, puede acogerse a la ayuda del Decreto del Senado por haberse obligado por otra. **Es evidente que si ella hizo esta respuesta con referencia a uno que la servía como esclavo de buena fe**, no se considerará que se ha obligado por otro.
27-parr (16.1)	27. Papiniano, Opiniones, Libro III. Cuando una parte que **ha hecho un contrato con una mujer de buena fe** procede contra ella porque el dinero que tomó prestado se ha empleado en transacciones entre marido y mujer; **no estará impedido por excepción fundada en Decreto del Senado**.
32.1 (16.1)	32. Pomponio, Decretos del Senado, Libro I. Cuando una mujer entra en la herencia de alguien para asumir el pago de las deudas debidas por ella, será difícil para ella obtener alivio**, a menos que haya sido ideado por el fraude de los acreedores;** porque una mujer no debe ser considerada como, en todos los aspectos, ocupando la posición de un menor de veinticinco años de edad que ha sido sobrepasado. (1) Cuando una mujer desea recuperar una propiedad entregada en prenda cuando se convirtió en fiadora de otra persona, también debe recibir las cosechas y la descendencia de los esclavos, y si la propiedad ha sufrido deterioro, se debe pagar una suma mayor por este motivo. **Sin embargo, si el acreedor que recibió la prenda para garantizar la obligación la ha vendido a un tercero, la opinión correcta es la de aquellos que piensan que se le debe conceder una acción, incluso contra un comprador de buena fe; porque la posición de un comprador no debe ser mejor que la del vendedor**.
32.3 (16.1)	32. Pomponio, Decretos del Senado, Libro I. (3) Si una mujer, para evitar vincularse por otra, ordena a un tercero que lo haga por ella, ¿se aplicará el Decreto del Senado a esta persona que ha actuado a instancias de la mujer? Toda la sustancia del Decreto del Senado se refiere a la denegación de la demanda contra la mujer misma, y creo que aquí se debe hacer una distinción; como, por ejemplo, cuando un acreedor, a quien me he obligado por orden de una mujer, ha ideado este plan con el propósito de eludir el

	Decreto del Senado, ya que la mujer no parece haberse obligado en violación de ese Decreto, pero ofreció a otra persona; **debe ser excluido por una excepción basada en el fraude** cometido contra el Decreto del Senado. Sin embargo, si él ignora los hechos, pero yo lo sé, entonces, si interpongo una acción de mandato contra la mujer, se me excluirá, pero aún seré responsable ante el acreedor.
1-parr (16.3)	1. Ulpiano, sobre el Edicto, Libro XXX. Un depósito es lo que se le da a otro para su custodia. Se deriva de la palabra ponere, colocar, y la preposición de añade al significado del término, e indica que **todo lo que se refiere a la custodia del artículo en cuestión se confía a la buena fe de la parte.**
1.1 (16.3)	1. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXX. (1) El Pretor dice: "Donde se haya realizado un depósito, concederé una acción para daños simples, por cualquier otra causa que no sea un tumulto, un incendio, la ruina de un edificio o un naufragio. Concederé una para daños dobles contra el depositario en aquellos casos mencionados anteriormente. **Concederé una acción por daños simples contra el heredero de aquél a quien se le atribuye haber actuado de mala fe con respecto al depósito, y otorgaré una acción por daños dobles cuando el propio heredero haya sido culpable de fraude"**.
1.7 (16.3)	1. Ulpiano, sobre el Edicto, Libro XXX. (7) **No se considerará que los daños resultantes del fraude no se resarcirán, aunque así se convenga; porque un contrato de esta especie es contrario a la buena fe y a las buenas costumbres, y por tanto no debe ser observado**.
1.8 (16.3)	1. Ulpiano, sobre el Edicto, Libro XXX. (8) Si la ropa entregada al encargado de un baño para que la cuidara se pierde y él no recibió ninguna compensación por el cuidado de la misma, **considero que sólo será responsable por el depósito si ha actuado de mala fe**; pero si recibió una compensación, se podrá entablar una acción en base al contrato de alquiler.
1.10 (16.3)	1. Ulpiano, sobre el Edicto, Libro XXX (10) En el arrendamiento y alquiler, y en asuntos en los que debe otorgarse una acción según los términos del contrato, las partes que recibieron al esclavo serán responsables por fraude y negligencia; pero si sólo le proporcionaron alimento, sólo serán responsables por fraude, ya que, como dice Pomponio, debemos seguir lo que se prescribió o acordó, siempre que sepamos de qué se trata; y si se prescribió algo, **las partes que recibieron al esclavo sólo serán responsables por cualquier fraude que esté involucrado en el depósito**.
1.15-27 (16.3)	1. Ulpiano, sobre el Edicto, Libro XXX. (15) Se plantea la cuestión de si se puede conceder una acción de depósito contra un pupilo con quien se ha hecho un depósito sin la autorización de su tutor. **Debe sostenerse que puede entablar una acción por fraude, si el**

	depósito se hizo con él cuando tenía la edad suficiente para ser culpable del delito, porque se le concederá una acción por el monto por el cual haber sido beneficiado pecuniariamente si no hubiera sido culpable de fraude. (16) Cuando la propiedad depositada es devuelta en un estado deteriorado, se puede conceder una acción de depósito, tal como si no hubiera sido devuelta en absoluto; **pues cuando la propiedad se devuelve en peor estado del que tenía en un principio, puede decirse que no ha sido devuelta en absoluto debido a la mala fe o el fraude**. (17) Si mi esclavo ha hecho un depósito, tendré, sin embargo, derecho a una acción sobre el depósito. (18) Si hago un depósito con un esclavo y presento una demanda en su contra después de que ha sido manumitido, Marcellus dice que la acción no procederá. Aunque **estamos acostumbrados a sostener que cualquier persona debe ser responsable de un fraude cometido incluso durante la servidumbre, porque tanto los delitos como los daños siguen a la persona culpable**, en este caso se deben recurrir a otras acciones que puedan presentarse. (19) Esta acción será a favor del poseedor de la propiedad y de los demás poseedores, así como a favor de aquél a quien se conceda la restitución de una herencia en virtud del Decreto Trebelliano del Senado. (20) No sólo se incluye el fraude previamente cometido en una acción sobre el depósito, **sino también aquél que pueda ser cometido posteriormente, es decir, después de que se haya entablado la controversia legal**. (21) Por lo tanto, Neratius afirma que **si el bien depositado se pierde sin haber habido una trama fraudulenta,** y es recuperado después de que se haya entablado la controversia legal, el demandado igualmente estará obligado a restituirlo, y no será liberado de su responsabilidad a menos que lo haga. Neratius también sostiene que aunque la acción sobre el depósito se haya presentado en su contra en un momento en el que no tenía la capacidad de hacer la restitución, por ejemplo, cuando los almacenes estaban cerrados; sin embargo, si tenía la capacidad de hacer la restitución antes de que se dictara sentencia en su contra, debería ser condenado a hacerlo, ya que el bien está en sus manos; **porque se investigará entonces si actuó de mala fe al no tener el bien en su poder**. (22) Según lo expuesto por Julianus en el Decimotercer Libro del Digesto, cualquier persona que haya realizado un depósito puede presentar inmediatamente una acción por depósito, **ya que quien lo recibió incurre en acto de mala fe al no devolverlo cuando se le exige**. **Sin embargo, Marcellus sostuvo que aquel que no lo devuelve a la persona que lo reclama, no siempre puede ser considerado culpable de haber actuado**

	fraudulentamente; por ejemplo, ¿qué pasa si el bien se encontraba en otra provincia o en un almacén que no podía abrirse en el momento en que se dictó la sentencia, o si aún no se habían cumplido las condiciones en las que se basaba el depósito? (23) No hay duda de que esta acción **es de buena fe**. (24) Y por esta razón, los cultivos, todos los accesorios y los productos de los rebaños deben estar comprendidos en esta acción, para que no se incluya únicamente el artículo en sí mismo. (25) Si vendiste la propiedad que fue depositada y posteriormente la adquiriste de nuevo debido al depósito, **aunque luego sea destruida sin mala fe por tu parte, seguirás siendo responsable por el depósito, porque en un momento actuaste fraudulentamente al vender la propiedad**. (26) También en una acción de depósito, se toma un juramento judicial con referencia al valor de la propiedad. (27) Parece perfectamente justo que se me conceda esta acción, no sólo si mi esclavo, sino si alguien que **me sirve como esclavo de buena fe**, depositó la propiedad, siempre y cuando la haya depositado como si fuera mía.
1.32 (16.3)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXX (32) Si devuelves a Titius la propiedad que te ha sido depositada por un esclavo de quien creías que Titius era el amo, cuando no lo era; no serás responsable de una acción de depósito, dice Celso**, porque no hay fraude de tu parte**; pero el amo del esclavo puede entablar una acción contra Titius a quien se entregó la propiedad. **Si produce la cosa, puede recobrarla con una acción, pero si la usó sabiendo que era ajena, se le dictará sentencia contra él, porque actuó dolosamente para no quedar en la posesión**.
1.33 (16.3)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXX. (33) La siguiente pregunta es formulada de manera muy apropiada por Juliano. Si un sirviente deposita dinero conmigo con el fin de que yo lo pague a su amo para obtener su libertad, y yo pago el dinero, ¿estaré sujeto a una acción por depósito? Juliano afirma en el Libro Trece del Digesto que si pago el dinero de esta manera, que fue, por así decirlo, depositado conmigo con ese propósito, y te notifico del hecho, no tendrás derecho a una acción por depósito, **porque tú, al conocer el hecho, recibiste el dinero, y por lo tanto, no he actuado de mala fe; pero si pago el dinero como si fuera mío, con el propósito de obtener la libertad del esclavo, seré responsable**. Esta opinión me parece correcta; ya que, en este caso, no sólo el depositario no devolvió la propiedad sin mala fe, sino que tampoco la devolvió en absoluto, **ya que una cosa es devolverla y otra pagarla como si fuera propia.**

1.35 (16.3)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXX. (35) Ocurre con frecuencia que los bienes o el dinero que se depositan se dejan a riesgo de la parte a quien se le confía, por ejemplo, cuando las partes lo han acordado especialmente. Julián afirma, sin embargo, **que si alguien se ha ofrecido como depositario, asegura el riesgo del depósito, de modo que debe responder no sólo del fraude, sino también de la negligencia** y la custodia, pero no de los accidentes.
1.42 (16.3)	1. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXX. (42) Está establecido que un hijo bajo el control paternal es responsable por un depósito, ya que también es responsable en otras acciones legales; sin embargo, también se puede presentar una demanda contra su padre, pero sólo en relación al peculio del hijo. La misma regla se aplica a un esclavo, ya que puede ser demandado junto con su amo. Es evidente, como lo afirmó Juliano y como también nos parece a nosotros, que si se presenta una demanda en relación a personas que están bajo el control de alguien, el caso puede ser juzgado; **de esta manera, si se ha cometido algún engaño o fraude por parte de aquel bajo cuya autoridad están, o por parte de las partes con las que se hizo el contrato, su mala fe puede quedar expuesta**.
1.43 (16.3)	1. Ulpiano, sobre el Edicto, Libro XXX. (43) Cuando la propiedad se deposita con dos personas, una acción puede iniciarse contra cualquiera de ellos, ni uno de ellos será liberado si se inicia una demanda contra el otro, ya que están exentos de responsabilidad no por elección del depositante sino por por pago. Por tanto, **si ambos son culpables de fraude, y uno de ellos paga el importe de la demanda, el otro no puede ser demandado**; como en el caso de dos tutores. Sin embargo, cuando uno de ellos no puede pagar nada o una cantidad inferior a la demanda, se puede recurrir al otro. La misma regla se aplica cuando uno de ellos no fue culpable de fraude y, por lo tanto, fue absuelto, porque, en este caso, se puede recurrir al otro.
1.47 (16.3)	1. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXX. (47) La razón por la que **sólo se considera la mala fe en este procedimiento**, surgió la pregunta de **si el heredero vendió la propiedad que había sido depositada con el testador** o que se le había prestado para su uso, sin saber que dicha propiedad había sido depositada o prestada, ¿será responsable? **Debido a que no actuó de mala fe, no será responsable por la propiedad**. Sin embargo, ¿será responsable al menos por el precio de la propiedad que llegó a sus manos? **La mejor opinión es que sí será responsable, ya que fue culpable de mala fe al no devolver lo que llegó a sus manos**.
7.1 (16.3)	7. Ulpiano , Sobre el Edicto, Libro XXX.

	Cuando un esclavo es depositado con un secuestrador para que sea torturado, y por estar encadenado o confinado en un lugar incómodo, éste, inducido por la piedad, lo suelta; **yo soy de la opinión de que este acto se parece mucho al fraude,** porque, como él sabía el propósito a que estaba destinado el esclavo, mostró su compasión en un momento impropio, ya que prefería no haber emprendido tal **tarea que haber sido culpable de engaño**. (1) **La acción de depósito se concede por todo el importe contra un heredero a causa de la mala fe del difunto**, porque aunque **generalmente no somos responsables por el acto doloso de una persona fallecida, excepto con referencia a esa parte de el patrimonio que llega a nuestras manos; sin embargo, en este caso, la mala fe proviene de un contrato que da lugar a una acción para recuperar la propiedad,** y por lo tanto, un solo heredero responderá de todo el monto, pero si hay varios herederos, cada uno responderá de su parte.
8-parr (16.3)	8. Papiniano, Preguntas, Libro IX. El depositario puede ejercer su privilegio, no sólo con referencia al resto del depósito que se encuentre entre los bienes del banquero, sino también con referencia a todos los demás bienes del banquero **que haya sido culpable de fraude**; y esta regla ha sido adoptada por causa de utilidad pública. Es evidente que los gastos necesariamente incurridos son siempre prerrogativas, pues después de descontados se acostumbra hacer tasación de los bienes.
9-parr (16.3)	9. Paulus, Sobre el Edicto, Libro VII. Cuando, en la acción de depósito, se demanda a uno de varios herederos por un acto del difunto, debo demandarle por su parte de la herencia; pero si, debido a una ofensa que él ha cometido, no lo demandé por una parte, esto es razonable, **porque la medida de los daños tiene relación con el acto de mala fe que el heredero mismo cometió. En otras palabras, si el heredero es responsable por su propia mala fe, la demanda se dirigirá específicamente contra él por el daño causado, y no por su parte en la herencia**.
10-parr (16.3)	10. Juliano, Sobre Minicio , Libro II. La acción de depósito no procede contra los coherederos que no sean culpables de **fraude**.
11-parr (16.3)	11. Ulpiano, sobre Sabino, Libro XLI. Cuando un esclavo realiza un depósito**, la parte con la que se realiza tiene la autorización de buena fe, y de manera muy justa, para devolver la propiedad al esclavo; ya que no es coherente con la buena fe negarse a entregar lo que alguien ha recibido, sino que debe devolverse a aquel de quien se obtuvo, y esto debe hacerse de tal manera que se restituya sin**

	ninguna mala fe, es decir, sin que exista siquiera una sospecha de negligencia. Sabinus aclara aún más esto, al agregar que no debe haber motivo para que el depositario piense que el dueño no deseaba que se devolviera la propiedad al esclavo; y esto es correcto, a menos que el depositario tuviera una buena razón para sospechar del esclavo, **pero es suficiente si mostró buena fe**. **Sin embargo, si el esclavo había sido previamente culpable de robo y la parte con la que se realizó el depósito desconocía este hecho, o creía que el dueño no se oponía a la entrega de la propiedad, entonces quedará exonerado de responsabilidad, ya que siempre se requiere la buena fe**. El depositario quedará eximido al devolver la propiedad al esclavo si este último sigue en servidumbre, pero también si es manumitido o enajenado, siempre y cuando lo haya hecho por razones válidas y justificadas; por ejemplo, si la devolvió sin saber que el esclavo había sido manumitido o enajenado. Pomponius establece que la misma regla debe seguirse en el caso de todos los deudores.
12-parr (16.3)	12. Pomponio, Sobre Sabino , Libro XXII. Cuando se realiza un depósito en Asia para que sea devuelto en Roma, se considera que la intención es que esto ocurra a expensas de la parte que realizó el depósito, y no de aquel con quien se depositó. (1) Un depósito debe ser devuelto en el lugar donde se encuentra, **sin ningún acto fraudulento por parte de la persona con quien se depositó la propiedad**. En realidad, no importa dónde se haya realizado el depósito. **Los mismos principios se aplican en general a todas las acciones de buena fe.** Sin embargo, debe decirse que si el demandante desea que la propiedad sea transportada a Roma a su costo y riesgo, se le debe escuchar; ya que esto también se hace en la acción por producción.
13-parr & 13.1 (16.3)	13. Paulo, Sobre Sabino, Libro XXXI. Cuando una persona se niega a devolver una cosa, no al dueño de la misma, sino a alguien que la exige, y que no cree que sea el verdadero agente o heredero de la persona que hizo el depósito, **no es culpable de mala fe. Sin embargo, si después supiera que el reclamante tenía autoridad, podrá entablar acción contra él, ya que ahora comienza a ser culpable de mala fe, si se niega a devolver los bienes.** (1) La acción personal de recuperación también recaerá sobre los bienes depositados, pero no antes de que se haya cometido fraude; **porque nadie está sujeto a la acción personal de recuperación por el sólo hecho de haber recibido el depósito, sino sólo cuando ha cometido fraude**.
16-parr (16.3)	16. Africanus, Preguntas, Libro VII. Si aquél en quien se depositan los bienes, los deposita en otro, **y éste comete fraude; aquél en quien se depositaron los bienes responderá de la mala fe**

	de aquél en quien se depositaron posteriormente, en la medida en que deba ceder a él sus derechos de acción.
18-parr (16.3)	18. Neracio , Pergaminos, Libro II. En caso de que se haga un depósito a causa de un tumulto, un incendio, la destrucción de una casa o un naufragio, **la acción ejercitada contra el heredero por el fraude del difunto es por su parte de la herencia, y por simple daños y perjuicios, y también deberá interponerse dentro del año**; pero cuando se presenta contra el mismo heredero, se concede por la totalidad, por daños y perjuicios dobles, y sin referencia al tiempo.
20-parr (16.3)	20. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XVIII. Si usted, **sin haber sido culpable de fraude**, ha perdido los bienes que se le han depositado, no estará sujeto a una acción sobre el depósito, ni deberá dar garantía para devolver los bienes si vuelve a tomar posesión de ellos. Sin embargo, si llegara a sus manos por segunda vez, estará sujeto a una acción de depósito.
22-parr (16.3)	22. Marcellus, Digest, Book V. Cuando dos herederos **intervienen fraudulentamente** en una propiedad que ha sido depositada con el difunto, en algunos casos sólo serán responsables por una parte de la misma. Por ejemplo, si dividen diez mil aureos que fueron depositados con el difunto y malversan cinco mil de ellos, y ambos son solventes, cada uno será responsable por la mitad, porque el demandante no tiene un interés adicional. Pero si fundieron una placa o permitieron que alguien más lo hiciera, **o han cometido cualquier otro tipo de fraude**, pueden ser demandados por la cantidad completa, como si ellos mismos hubieran sido responsables de la custodia de la propiedad. **Es cierto que cada uno de ellos es culpable de fraude, y a menos que sean responsables de la cantidad total, no se podría llevar a cabo la restitución de la propiedad**. No parece absurdo pensar que, a menos que se restituya la propiedad completa, el demandado no puede ser liberado y se le debe dictar sentencia en su contra, si la propiedad no fue restituida en proporción a la parte de la herencia de la que era heredero.
24-parr (16.3)	24. Papiniano, Preguntas, Libro IX. Lucius Titius a Sempronius, Saludos: "Por medio de esta carta escrita por mi propia mano, te notifico que las cien monedas que me prestaste hoy, y que han sido contadas por el esclavo Stichus, tu agente, están en mis manos, y que te las pagaré a tu demanda, cuando y donde lo desees." Surge la pregunta de si se debe considerar algún aumento a modo de interés. Respondí que procedería una acción de depósito, porque ¿qué es prestar algo para su uso sino depositarlo? Esto es cierto si la intención era que las mismas monedas fueran devueltas, porque si se entendía que sólo se pagaría la cantidad, entonces el acuerdo excede los límites del depósito. Si, en el caso que se ha mencionado,

	no procede una acción de depósito, ya que sólo se acordó pagar la misma suma y no las monedas idénticas, no es fácil determinar si se debe tener en cuenta el interés. De hecho, se ha establecido que**, en acciones de buena fe, es deber del juez decidir que, en cuanto al interés, solo se puede pagar lo que la estipulación prevé. Pero es contrario a la buena fe y a la naturaleza de un depósito que se reclame interés antes de que la parte que concedió el favor al recibir el dinero esté en mora de devolverlo**. Sin embargo, si el acuerdo era que se pagara interés desde el principio, se deberá cumplir la condición del contrato.
29-parr (16.3)	29. Paulus, Sentencias, Libro II. (1) Si la persona con quien se hizo el depósito lo utiliza con mi permiso, estará obligada a pagarme intereses sobre esa cantidad, **al igual que en otras acciones de buena fe.**
31.1 (16.3)	31. Trifonino, Disputas, Libro IX. **La buena fe, que es requerida en los contratos, exige el máximo grado de equidad; pero ¿deberíamos estimar esta equidad con referencia a la Ley de las Naciones o de acuerdo con los preceptos civiles y pretorianos?** Por ejemplo, un acusado de un crimen capital depositó cien aurei contigo, fue desterrado y su propiedad confiscada. ¿Debería devolverse el depósito de este dinero a él, o entregarse al Tesoro Público? **Si sólo consideramos la Ley de la Naturaleza y de las Naciones, debería ser devuelto a quien lo entregó; pero si tomamos en cuenta el Derecho Civil y las disposiciones legales, debería entregarse al Tesoro Público, ya que aquél que ha causado daño al pueblo debería ser oprimido por la pobreza, para servir como ejemplo a otros y prevenir el crimen.** (1) Aquí surge otro punto a considerar, es decir, **si debemos sostener que la buena fe debe limitarse a las partes que han celebrado un contrato entre sí, sin prestar atención a otras personas interesadas en el asunto.** Por ejemplo, si un ladrón depositó con Seius, quien no estaba al tanto de su delito, un botín que había tomado de mí, **¿debería Seius devolver la propiedad al ladrón o a mí? Si solo consideramos al dador y al receptor, la buena fe exige que la propiedad sea devuelta a quien la confió; pero si observamos la equidad del asunto, que es debida a todas las personas involucradas en esta transacción, debería ser devuelta a mí de lo que he sido despojado por un acto malvado**. Creo que la justicia es dar a cada uno lo que le corresponde, de manera que ninguna persona que tenga un reclamo legítimo pueda ser privada de ello. Por lo tanto, si yo no aparezco para reclamar la propiedad, ésta debe ser devuelta a aquel que la depositó, incluso si lo hizo después de haberla obtenido ilícitamente. Marcellus afirma lo mismo con respecto a un saqueador y a un ladrón. Sin embargo, cuando el ladrón, sin saber quién es el padre o el amo del hijo o del esclavo de quien tomó la propiedad, la deposita con cualquiera de ellos, quienes desconocen los hechos, esto no constituye un depósito según la Ley de las Naciones; ya que la naturaleza de un depósito es que la propiedad de una persona debe ser entregada a otra, para su custodia, a

	alguien que no es su dueño. **Si un ladrón me deposita mi propia propiedad, que él tomó sin mi conocimiento, mientras yo ignoro su crimen, se sostiene correctamente que no se realiza un depósito; ya que no es conforme con la buena fe que un propietario esté obligado a entregar su propiedad a un ladrón**. Pero si, en un caso como éste, la propiedad depositada es entregada por su dueño, quien no estaba al tanto de los hechos, procederá una acción personal para la recuperación de algo que no era debido.
32-parr (16.3)	32. Celsus , Digest, Libro XI. Aunque Proculus no acepte la afirmación de Nerva de que **la negligencia grave es equivalente a fraude, a mi parecer es completamente cierta**. **Incluso si alguien no es tan diligente como lo requiere la naturaleza humana, no estará exento de fraude** si no muestra la misma solicitud con respecto a un depósito como la que es habitual en él; **ya que la buena fe no se mantendrá si demuestra menos diligencia en relación con dicho depósito que la que muestra con respecto a su propia propiedad**.

17. Libro 17: Sobre el derecho público.

Referencia	Cita del Digesto
8.1 (17.1)	8. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI. Si nombro abogado, y no me devuelve los documentos del caso, ¿en qué acción me será responsable? Labeo piensa que será pasible de una acción de mandato, y que no es correcta la opinión de los que piensan que por este motivo puede ejercitarse una acción de depósito; porque siempre debe tomarse en consideración el origen de todo contrato y su causa. (1) Pero si el adversario del procurador es puesto en libertad por colusión, éste estará sujeto a una acción por mandato; pero si el abogado no es solvente, **entonces dice que debe concederse una acción por fraude contra la parte que fue liberada por colusión**.
8.5 (17.1)	8. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI. (5) Cuando un hombre que es libre y está sirviendo como **esclavo de buena fe**, ordena a Titius que lo compre, y le da dinero de su peculium para ese propósito, el cual peculium lo seguirá, y **debe quedar en las manos de un comprador de buena fe;** y Titius, después de pagado el precio, manumitió al hombre libre que posteriormente fue declarado judicialmente que había nacido libre; Julianus dice que tendrá derecho a una acción por mandato contra la parte a quien ordenó comprarlo; pero que todo lo que puede ganar en esta acción por mandato será obligar a la parte a transferirle los derechos de acción que posee contra aquél a quien compró el esclavo. Es evidente que, **si le dio dinero derivado del peculio perteneciente a un comprador de buena fe,** no puede

	transferirle ningún derecho de acción (así dice Juliano), porque no tiene ninguno, ya que el comprador le dio su dinero; y dice además que está obligado a causa de la venta, y esta acción no tiene efecto, por cuanto que lo que recobrase lo tendría que reparar en una acción de venta.
8.10 (17.1)	8. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI. (10) Por lo tanto, si te ordené que compraras un esclavo, y así lo hiciste, serás responsable de su entrega. **Pero si usted se olvidó fraudulentamente de comprarlo (o, tal vez, habiendo recibido dinero para ese propósito, se lo dio a otro para que hiciera la compra) o si fuere culpable de negligencia grave (por ejemplo, si inducido por favor, debe permitir que otro lo compre) usted será responsable.** Sin embargo, si el esclavo que compraste se fugare, serás responsable, **si esto ocurrió por tu mala fe. Pero si no hubiere mala fe ni negligencia, no seréis responsables sino en cuanto debéis dar fianza para entregar el esclavo si llegare a vuestro poder.** Pero si lo entregas, debes darme posesión de él; y si se presta caución contra su recuperación por evicción, o tienes derecho a pedir que se te preste fianza, pienso que será suficiente que me cedas este derecho de acción, para que me designes como tu agente para actuar en mis propios asuntos, y usted no estará obligado a hacer más de lo que realmente obtendrá.
10.1 (17.1)	10. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI. La misma regla también se aplica a los bienes inmuebles, donde el agente compra un terreno; porque la parte que lo nombró no responde más que de buena fe.
10.3 (17.1)	10. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI. (3) Cuando mi agente tenga dinero que me pertenezca en sus manos, me deberá intereses desde la fecha en que no lo pagó. Sin embargo, cuando ha prestado dinero a interés y ha cobrado el interés, sostenemos, en consecuencia, que está obligado a recuperar cualquier beneficio que haya obtenido de él; si le mandé que prestara dicho dinero o no, **porque se requiere de buena fe que no se aproveche de la propiedad ajena.** Sin embargo, si no hizo uso del dinero, sino que se lo apropió para su propio uso, puede ser demandado por los intereses al tipo legal acostumbrado en ese distrito. Finalmente, Papinianus dice que, incluso si el agente debe cobrar intereses y apropiarse de ellos para su propio uso, debe hacerlo bien.
10.7 (17.1)	10. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI. (7) Si alguien afirma que los negocios que ha encomendado a su agente y esclavo solo serán ratificados si Sempronio está presente cuando esto se realice, y se contrae una deuda incobrable, Sempronio**, que no fue culpable de fraude, no será responsable;** y es cierto que aquél que atiende los asuntos de otro sin la intención de actuar como agente, sino únicamente por motivos de afecto y

	amistad, con el propósito de aconsejar a los agentes y mayordomos y guiarlos con su consejo, no es responsable de una acción de mandato; **pero si fuera culpable de mala fe, será responsable, no de una acción de mandato, sino de una por fraude.**
12.9 (17.1)	12. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI. (9) Si me ha ordenado que compre algo para usted, y lo compro con mi propio dinero, tendré derecho a una acción contra usted para recuperar el precio del mismo; pero si yo lo pago con vuestro dinero, **y todavía queda algún saldo de buena fe debido a la compra de la cosa**, o si rehusáis recibirlo después de haberlo comprado, procederá la acción contraria por mandato. El caso será similar si usted me ordena hacer cualquier otra cosa, y yo incurro en gastos para ese propósito; porque no sólo puedo recuperar la cantidad que he desembolsado, sino también los intereses de la misma. Los intereses, además, no sólo deben comenzar a correr desde el momento de la mora, sino que el juez debe también hacer una estimación del gasto, si una parte exige el pago a su deudor y éste paga, donde obtiene una tasa muy elevada de interés (pues es perfectamente justo que se tenga en cuenta la razón en asuntos de este tipo), o cuando el deudor mismo ha pedido prestado dinero a un alto tipo de interés y lo paga. Si, en cambio, el agente no liberó al deudor principal del pago de los intereses, pero se pierde el interés mismo; o si lo liberó de una tasa de interés baja y, para ejecutar su fideicomiso, recibió una tasa más alta; **No tengo duda de que puede recuperar los intereses por una acción de mandato, y, como ya se ha determinado, un juez debe decidir todo esto de acuerdo con los principios de equidad y buena fe**.
12.11 (17.1)	12. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI. (11) Si un joven disoluto os ordena que seáis seguridad de una ramera, y vosotros, conociendo su carácter, os comprometéis a cumplir el mandato, no tendréis derecho a una acción por mandato; porque el caso es parecido a aquél en que prestas dinero a un partido sabiendo muy bien que lo perderá. **Pero si además te obliga directamente a prestar dinero a una ramera, no quedarás obligado por el mandato, ya que fue dado contra la buena fe.**
22.4 (17.1)	22. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (4) Julianus afirmó que la obligación del mandato también se refiere a la propiedad de aquél que asumió su ejecución y, por esta razón, debe ser probada de todas formas. Por ejemplo, si yo le indico a uno de varios herederos, que están realizando una venta, que compre para mí la propiedad de la herencia, dicho heredero será responsable de una acción por mandato correspondiente a la parte de la herencia que le corresponde. **La obligación será recíproca, ya que si, debido a esta indicación, él no entrega la propiedad a otro postor, la buena fe exige que él le pague el precio por el cual se pudo haber vendido.** Por otro lado, si el comprador no estaba presente en la venta con el propósito de comprar una propiedad que necesitaba, ya que había instruido al

	heredero para que la comprara por él, será perfectamente justo que tenga una acción por mandato para indemnizarse por el interés que tenía en que la propiedad fuera adquirida.
27.4 (17.1)	27. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro IX. (4) Los gastos ocasionados por el cumplimiento del mandato, **si se hubieren incurrido de buena fe, deben por todos los medios ser pagados;** y no importa si el que dio el mandato hubiera pagado menos si él mismo hubiera estado tramitando el negocio.
29-parr (17.1)	29. Ulpiano, Controversias, Libro VII. Cuando se presenta una demanda contra un fiador, y éste, sin saber que el dinero no ha sido entregado realmente al deudor, realiza un pago en virtud de su garantía; surge la pregunta de si puede recuperar la cantidad que ha pagado en una acción de mandato. Si, de hecho, **siendo consciente de los hechos, omite presentar una excepción basada en el fraude, o porque el dinero no fue pagado, se considerará que ha participado en el fraude, ya que la negligencia grave se asemeja mucho al fraude**. Sin embargo, si desconocía los hechos, no se le puede responsabilizar. Siguiendo el mismo principio, si un deudor tiene derecho a una excepción, por ejemplo, en base a un acuerdo o por alguna otra razón, y él, sin saberlo, no utiliza esta excepción; se debe decir que tendrá derecho a una acción de mandato, porque el deudor principal podría haber advertido a su fiador y debería haberlo hecho, para evitar que pague inadvertidamente lo que no era debido.
29.3 & 4 (17.1)	29. Ulpiano, Controversias, Libro VII. (3) Esto también debe discutirse con referencia a la fianza, a saber: si cuando pagó no notificó al deudor principal, y éste luego satisfizo la obligación, lo que no debió haber hecho. Pienso que cuando pudo habérselo notificado, y no lo hizo, si el fiador pleitea por mandato se le debe prescribir; **porque si no notificó al deudor después de haber hecho el pago, es culpable de un hecho semejante a fraude.** Además, el deudor principal debe ceder su derecho de acción a la fianza, para evitar que el acreedor reciba doble pago. (4) **Aunque el fiador no cumpla ciertos actos, no es culpable de fraude**; por ejemplo, cuando no aprovecha una excepción basada en la agencia, ya sea que conociera o ignorara su derecho. **En este caso, se trata de la buena fe,** y no es compatible con ella escudriñar minuciosas distinciones legales, sino simplemente determinar si la parte es deudora o no.
33-parr (17.1)	33. Julianus, Sobre Minicio, Libro IV. Cuando a una parte se le pide que se haga fiador y se obliga por una cantidad menor, es legalmente responsable; pero si queda obligado por una suma mayor, Juliano piensa muy correctamente, y ésta es también la opinión de muchas

	autoridades , que no estará sujeto a una acción por mandato por una cantidad mayor de la que se le pidió que se hiciera fiador, pero sólo por la suma contenida en la solicitud; porque hizo lo que se le ordenó hacer; **ya que se sostiene que la parte que lo solicitó confió en su buena fe en la medida en que se le pidió que fuera responsabl**e.
48-parr (17.1)	48. Celso, Compendio, Libro VII. Quintus Mucius Scaevola afirma que si alguien ha dado garantía por dinero prestado a interés, y el deudor principal, al ser demandado, intenta negar que el dinero fue prestado a interés, y el fiador, al pagar los intereses, priva al deudor principal de la oportunidad de rechazar el pago, no puede recuperar este dinero del deudor principal. Sin embargo, si este último le hubiera notificado al fiador que se negaría a pagar lo debido con intereses, y el fiador no estuviera dispuesto a rechazar el pago por su reputación, entonces puede recuperar del deudor principal todo lo que pagó por esta razón. **Scaevola considera que esta opinión está bien fundamentada; ya que, en el primer caso, el fiador prestó poca atención a la buena fe al parecer privar al deudor principal del poder de ejercer su derecho;** pero, en el segundo caso, no debería haber sido una fuente de daño para el fiador si hubiera tenido algún respeto por su propio sentido de honor.
49-parr (17.1)	49. Marcelo, Compendio, Libro VI. **Compro un esclavo de Tito de buena fe** y tengo posesión de él. Tito lo vendió bajo mi dirección, sin saber realmente que el esclavo le pertenecía; o, por otro lado, yo mismo lo vendí siguiendo las instrucciones de Tito, quien se convirtió en el heredero de la persona que lo compró. Surge la pregunta de si procederá una acción basada en el título superior y una acción de mandato. Estoy de la opinión de que Tito, aunque hizo la venta como agente, es responsable ante el comprador y no tendría derecho a una acción para recuperar el esclavo, incluso si entregó la propiedad. Por lo tanto, procederá una acción de mandato si él tenía interés en que el esclavo no fuera vendido. **Por otro lado, si el que dio las instrucciones (mandante) desea recibir la propiedad del esclavo, será rechazado mediante una excepción basada en el fraude [dolo],** y tendrá derecho, como heredero, a una acción basada en la compra del testador, quien le dejó la propiedad, en contra del vendedor.
52-parr (17.1)	52. Javoleno, Epístolas, Libro I. Si una parte se ha convertido en fiador de otra por una cierta cantidad de trigo, sin hacer referencia a su calidad, considero que liberará al deudor principal al proporcionar cualquier tipo de trigo, pero no podrá recuperar otro tipo de trigo del deudor principal, excepto el de calidad más inferior, mediante la entrega del cual él mismo podría haberse liberado de la demanda del estipulante. Por lo tanto, si el deudor principal está dispuesto a dar al fiador el mismo tipo de trigo, con el cual él mismo podría haber sido liberado al dárselo al acreedor, y el

	fiador entabla una acción por el mismo tipo de trigo que proporcionó, **es decir, grano de calidad superior, considero que puede ser excluido mediante una excepción por fraude.**
54-parr & 54.1 (17.1)	54. Papiniano, Preguntas, Libro XXVII. Cuando un esclavo dirige a alguien para que lo compre, el mandato es nulo. Pero si el mandato fue dado con el propósito de manumitir al esclavo, y la persona en cuestión no lo manumite, el dueño y vendedor pueden demandar la devolución del precio de compra, y se puede presentar una acción por causa de parentezco, por ejemplo, si el esclavo fuera hijo natural o hermano. **Los expertos en derecho sostienen que en casos de buena fe se debe tener en cuenta la consideración del parentezco.** Si el comprador pagó el precio con su propio dinero (ya que, de lo contrario, no podría liberarse de la responsabilidad de una acción de venta), surge frecuentemente la pregunta de si puede presentar una acción sobre el peculio. La opinión más correcta y prudente parece ser que el Pretor no tuvo en mente contratos de este tipo realizados por esclavos, mediante los cuales intentaban escapar del maltrato de sus amos. (1) **Si un hombre libre que sirve de buena fe como esclavo** dirige a alguien para que lo redima, y esto se hace con el dinero del comprador, se ha establecido que procederá una acción recíproca de mandato; siempre que los derechos de acción que el comprador tiene contra el vendedor sean transferidos, suponiendo que el comprador no haya manumitido al hombre libre mencionado anteriormente.
56.2 (17.1)	56. Papiniano, Opiniones, Libro III. (2) Es, sin embargo**, necesario investigar la buena fe del mandatario durante todo el tiempo,** cuando el dueño de la propiedad regresa a la provincia después de cinco años de ausencia, habiéndose visto obligado a partir por negocios para el Estado; aunque haya renovado el mandato sin haber rendido cuentas. Por tanto, como es deber del mandatario pasar todo lo hecho en la primera administración del negocio a la cuenta del segundo, juntará las cosas atendidas en el primer período con las del segundo.
56.4 (17.1)	56. Papiniano, Opiniones, Libro III. (4) Es necesario que se inicie una acción de mandato para **la recuperación de los gastos de buena fe necesariamente incurridos**; aunque el mandatario no haya terminado el negocio que se le encomendó.
57-parr (17.1)	57. Papiniano, Opiniones, Libro X.

	Según se establece, un mandato para la venta de esclavos se termina con la muerte de la persona que se comprometió a llevarlo a cabo. Sin embargo, si los herederos, por error y no con la intención de cometer un robo, sino de cumplir con un deber que el difunto se había impuesto a sí mismo, venden a los esclavos, se considera que los compradores podrían adquirirlos a través de la usucapión (adquisición de bienes por posesión continua durante un cierto período de tiempo). Sin embargo, después de que el vendedor de esclavos regrese de la provincia (donde se encontraba cuando falleció el mandante), ya no podría hacer uso legal de la Acción Publiciana, una acción legal utilizada para recuperar bienes. **En este caso, se le otorgaría al vendedor una excepción basada en su derecho legal de propiedad sobre los esclavos; ya que no es apropiado que él, que confió en la buena fe de una persona en particular, sufra pérdidas debido al error o inexperiencia de los herederos**.
59.1 (17.1)	Papiniano, Opiniones, Libro IV. (1) Paulus sostuvo que si el fiador compraba del acreedor una propiedad dada en prenda por el deudor, el heredero del deudor podía entablar una acción de mandato contra él para su recuperación, y que se le podía obligar a entregar los beneficios obtenidos junto con toda la deuda. **Esto se debe a que no debe ser considerado como alguien ajeno que se convirtió en comprador, ya que se le exigía mostrar buena fe en todo contrato.**
60-parr (17.1)	60. Scaevola, Opiniones, Libro I. (1) Titius escribió a una parte que estaba a punto de casarse, de la siguiente manera: "Titius a Seius, saludo. Conoces las condiciones de mi mente hacia Sempronia, y por lo tanto, ya que estás a punto de casarte con ella con mi aprobación, yo deseo que quede satisfecho de que contrae matrimonio de acuerdo con su rango, y aunque sé que Ticia, su madre, prometerá a la muchacha una dote adecuada, no dudo en convertirme en su fiador para mejor asegura tu amistad para con mi casa. Por tanto, ten presente que te indemnizaré de lo que hayas estipulado con ella a este respecto, **y que lo he ordenado de acuerdo con mi buena fe.** De esta manera, Ticia, que no había ordenado a Ticio que hiciera lo que había prometido por escrito, ni lo había ratificado después, prometió una dote a Seyo. Pregunto si, si el heredero de Titius hiciera el pago, ¿tendría derecho a una acción por mandato contra el heredero de Titia? Respondí que, según los hechos expuestos, no tendría derecho a la acción. También se planteó la cuestión de si tendría derecho de acción sobre la base de los negocios realizados. Respondí que no podía entablar acción por este motivo, porque era evidente que Titius había dado el mandato, no tanto en favor de Titia, sino porque había consultado su propia inclinación. También se preguntó si, en caso de que el marido iniciara una acción contra el mandante, ¿estaría impedido por una excepción? Respondí que no se había dicho nada por lo que pudiera ser impedido.
60.4 (17.1)	60. Scaevola, Opiniones, Libro I.

	(4) Lucius Titius encomendó la gestión de su negocio al hijo de su hermano, en las siguientes palabras: "Seius a su hijo, saludo. Creo que, de acuerdo con la naturaleza, un hijo debe realizar negocios para su padre y su hermano, sin ninguna concesión expresa. Sin embargo, le doy autoridad para realizar todas las transacciones de mi negocio que desee, cuando surja cualquier necesidad, ya sea que desee realizar ventas, celebrar acuerdos, realizar compras o atender cualquier otra cosa; tal como si fueras el dueño de todos mis bienes, y yo ratificaré todo lo que has hecho, sin oponerte en ninguno de tus actos." **Surgió la cuestión de si, si la parte enajenaba bienes o daba mandato, no con la intención de tramitar el negocio, sino fraudulentamente; ¿Sería válido su acto? Respondí que el que había dado el mandato en cuestión ciertamente había permitido una gran libertad, pero que esperaba que el negocio se hiciera de buena fe.** Pregunto también si, cuando Seyo hubiera contraído obligaciones en el desempeño de los deberes de un magistrado, Lucius Titius podría ser demandado por ese motivo, o si su propiedad sería responsable por las palabras de la carta mencionadas anteriormente. Respondí que no podía ser demandado, y que su propiedad no sería responsable.
3.3 (17.2)	3. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (3) Cuando una sociedad se contrae con fraude o con el propósito de cometer fraude, es nula de pleno derecho, porque la buena fe se opone al fraude y al engaño.
38-parr (17.2)	38. Paulo, Sobre Sabino, Libro VI. El árbitro en una acción sobre la sociedad debe asegurarse de que se otorgue una garantía por pérdidas o ganancias futuras durante la existencia de la sociedad. **Sabinus piensa que esto debe hacerse en todos los casos de buena fe,** ya sean en términos generales, por ejemplo, como los que surgen de la sociedad, o de la agencia voluntaria, o de la tutela; o si son de carácter especial, como, por ejemplo, cuando se basan en mandato, en préstamo para uso o en depósito.
45-par (17.2)	45. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXX. Una acción por robo relacionada con una propiedad común puede ser interpuesta contra un socio si, **ya sea a través de fraude o con intención maliciosa**, ha retirado dicha propiedad o la ha dispuesto con el propósito de ocultarla; pero también será responsable de la acción por sociedad, ya que una acción no destruye la otra. **La misma regla es aplicable a todas las acciones de buena fe.**
51-parr (17.2)	51. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro III. Es muy adecuado agregar que "una acción por robo solo procederá si el socio **retiró la propiedad fraudulentamente y con intención maliciosa**", porque

	si lo hizo sin intención maliciosa, no sería responsable de una acción por robo. De hecho, generalmente se sostiene que una parte que posee una participación en la propiedad preferiría disfrutarla legalmente en lugar de formar la intención de robarla.
52-parr (17.2)	52. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXI. Cuando se ha de vender un terreno contiguo a otros dos, y una de las partes pide a otro que lo compre para que le transfiera la parte que une a su propio predio, y poco después él mismo compra el terreno, su dicho vecino no tener conocimiento de la transacción; surge la cuestión de si el prójimo tiene algún derecho de acción contra él. Juliano dijo que esto implicaba una cuestión de hecho desconcertante, porque si la intención era que el vecino comprara la tierra de Lucio Titius y me la entregara, el vecino no tendría derecho de acción contra mí que hizo la compra; pero si la intención hubiera sido realmente que se hiciera una compra de bienes comunes, estaría sujeto a una acción en sociedad para obligarme a transferirte el resto de la tierra después de haber deducido la parte que te ordené comprar. (1) **La buena fe es un elemento importante en esta acción de asociación**.
52.2 (17.2)	52. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXI. (2) Surge la pregunta de **si un socio sólo es responsable por fraude, o si también es responsable por negligencia**. Celso afirma en el Séptimo Libro del Compendio que **los socios son responsables entre sí por negligencia y fraude**. Y dice que, si al formar una sociedad, uno de ellos prometió proporcionar su habilidad y trabajo, como, por ejemplo, donde se ha de apacentar un rebaño en común; o damos un campo a una parte para que lo mejore, y del cual se recojan los cultivos en común; en este caso será **seguramente responsable por negligencia, porque la contraprestación es el valor de su trabajo y habilidad. Cuando un socio daña los bienes comunes, se considera que también es responsable de la negligencia.**
63.7 (17.2)	63. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI. (7) Cualquier **persona se considera capaz de efectuar el pago si ha cometido un acto fraudulento para evitar hacerlo, ya que no es justo que alguien se beneficie de su propio fraude.** Esto debe entenderse aplicable a todos aquellos contra quienes se entabla una demanda en la medida de sus recursos. **Sin embargo, si una parte no puede efectuar el pago, no debido a fraude, sino debido a su propia negligencia, se debe sostener que no se dictará sentencia en su contra.**
65.3 & 4 (17.2)	65. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (3) Hemos dicho que una sociedad puede disolverse por la disidencia de las partes, es decir, si todas ellas están de acuerdo al respecto. Pero, ¿y si sólo uno

	de ellos se retirara? Cassius afirmó que quien se retira de la sociedad libera a sus socios de la responsabilidad, en lo que a él mismo se refiere, pero no se libera a sí mismo de la responsabilidad hacia ellos. **Esta regla, sin embargo, sólo debe observarse cuando el retiro se haga por motivos fraudulentos; como, por ejemplo, si formamos una sociedad general, y después una herencia pasa a uno de los socios y se retira por esta cuenta;** si la herencia fuere productora de alguna pérdida, ésta debe ser de cargo del socio que se separó de la sociedad, pero puede ser obligado por acción de sociedad a compartir con los demás los beneficios que de ella se deriven. **Si adquiere algún bien después de su retiro, no lo compartirá con los demás socios, porque no se ha cometido fraude con respecto a él.** (4) Además, si formamos una sociedad para la compra de cierta propiedad y luego desea comprarla usted mismo, y por esta razón se retira de la sociedad, será responsable en la medida de mi interés en dicha propiedad. **Pero si se retira porque la compra le desagradó, no será responsable aunque yo la compre**; **porque en este caso no existe fraude**. Estas opiniones también fueron mantenidas por Julianus.
68.1 (17.2)	68. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro X. (1) Surge la pregunta de si una parte se considera que ha cometido un acto para evitar el pago del monto por el cual es responsable, **si dispone fraudulentamente de su propiedad para evitar una futura demanda, o si no aprovecha una oportunidad de beneficio por esta razón**. La opinión más acertada es que, en este caso, el Proconsul tenía en mente a una parte que había dispuesto de su propiedad, y esto lo podemos inferir de los interdictos en los cuales se inserta la sentencia "**Porque has cometido fraude para evitar estar en posesión**".
78-parr (17.2)	78. Próculo, Epístolas, Libro V. Pienso que, en el caso planteado, debe seguirse el juicio de un buen ciudadano, y tanto más cuanto que **una decisión en una acción de sociedad es aquella en que se trata de buena fe.**
79-parr (17.2)	79. Paulus, Preguntas, Libro IV. Por tanto, si el laudo de Nerva fuere tan impropio que se manifieste su manifiesta injusticia, podrá corregirse **mediante sentencia de buena fe.**

18. Libro 18: Sobre las acciones legales derivadas de los delitos.

Referencia	Cita del Digesto

18-parr (18.1)	18. Pomponio, Sobre Sabino, Libro IX. Cuando los bienes adquiridos sean de propiedad conjunta del comprador y de otra persona, debe decirse que el precio debe disminuirse en la proporción, y que la compra será válida con respecto a una parte de los bienes, y nula con respecto a la resto**. Cuando un esclavo, por orden de su amo, al mostrar los límites de un campo que ha sido vendido, ya sea por error o por fraude, incluye más tierra de la que está comprendida en el terreno, debe entenderse que señaló el límite -líneas donde su amo pretendía que lo hiciera**. Alfenus expresa la misma opinión donde la posesión es entregada por un esclavo.
19-parr (18.1)	19. Pomponio, Sobre Quinto Mucio, Libro XLI. Lo que he vendido no pasa a ser propiedad del comprador, a menos que se me haya pagado el precio, o se haya proporcionado una garantía para el pago, **o a menos que confiemos en la buena fe del comprador sin ninguna garantía**.
27-parr (18.1)	27. Paulo, Sobre Sabino, Libro VIII. El que compra bienes a cualquiera, pensando que le pertenecen, **los compra de buena fe;** pero el que compra algo, a un pupilo, sin la autorización de su tutor, o instigado por un impostor, **que sabe que no es su tutor, no se considerará comprador de buena fe**; y esta opinión también la sostuvo Sabino.
54-parr (18.1)	54. Paulus, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro I. **Cuando la propiedad se vende de buena fe, la venta no debe anularse por una razón insignificante**.
57.1 (18.1)	57. Paulo, Sobre Plaucio, Libro V. (1) Pero si el vendedor sabía que la casa había sido quemada, y el comprador ignoraba el hecho, la venta no se mantendrá, si todo el edificio fue destruido antes de que la transacción tuviera lugar. Sin embargo, si subsiste alguna parte del edificio, la venta será válida, debiendo el vendedor reembolsar al comprador el importe de su interés en lo destruido.
57.3 (18.1)	57. Paulo, Sobre Plaucio, Libro V. (3) **Cuando tanto el comprador como el vendedor sabían que la casa había sido total o parcialmente destruida por el fuego, la transacción no tiene efecto, debido a que el fraude se compensa por ambas partes, y un contrato que depende de la buena fe no puede sostenerse, donde ambas partes son culpables de engaño.**

62.2 (18.1)	62. Modestino, Reglas, Libro V. (2) Cuando la propiedad se compra a granel, se hace por cuenta y riesgo del comprador, **siempre que el vendedor no sea culpable de fraude**, incluso si la propiedad no ha sido transferida.
66.1 (18.1)	66. Pomponio, Sobre Quinto Mucio, Libro XXXI. (1) Cuando la tierra que se vende tiene derecho a una servidumbre, **y el vendedor no mencionó el hecho, pero, sabiendo de ello, guardó silencio, y por esto el comprador de la propiedad, al no hacer uso de la servidumbre por ignorancia durante el tiempo establecido por la ley, la perdió; ciertas autoridades sostienen muy acertadamente que el vendedor está sujeto a una acción de compra por causa de fraude.**
68-parr (18.1)	68. Próculo, Epístolas, Libro VI. Si, al vender un terreno, declaras en el contrato que todo lo que recaudes del arrendatario como alquiler pertenecerá al comprador; creo que no solo debes demostrar buena fe, sino también ejercer diligencia en la recaudación de dicho alquiler; es decir, no sólo evitar todo intento fraudulento, sino también toda negligencia.
10-parr (18.2)	10. Julianus, Digest, Libro XIII. En el caso de una **venta condicional en la que un acreedor ha vendido una prenda, no puede considerarse que haya actuado de buena fe si no acepta el precio aumentado.** Pero ¿qué sucede si el nuevo comprador era pobre y sólo intervino para evitar la venta? El acreedor puede adjudicar la propiedad al primer comprador sin correr ningún riesgo.
19-parr (18.2)	19. Javoleno, Sobre Plautio, Libro II. Si una parcela de tierra ha sido vendida condicionada a una oferta mejor, y posteriormente se ofrece un precio más alto, y el vendedor adjudica dicha parcela al segundo comprador, junto con otra colindante, **y lo hace sin intención fraudulenta, no será responsable frente al primer comprador**, incluso si no sólo le vendió lo que estaba incluido en la oferta a un precio más alto, sino también otra parcela. Sin embargo, **si el vendedor no fue culpable de fraude, la transacción con el primer comprador está concluida, ya que sólo se debe considerar si la transferencia al segundo comprador se realizó de buena fe.**
12-parr (18.4)	11. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. Porque se admite que la venta del derecho de sucesión de una herencia puede hacerse en los siguientes términos: “Si tengo algún derecho en la herencia, se los vendo a ustedes”, como si se comprara la expectativa de un derecho; porque

	de esta manera puede hacerse una venta de cualquier cosa que sea incierta, como por ejemplo, de cualquier cosa que pueda ser atrapada en una red. 12. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro X. Pero debe entenderse que esto opera sólo cuando **una parte no es consciente de que no tenía derecho a la sucesión que vendió; porque si lo hiciera, sería responsable por motivo de fraude.**
21-parr (18.4)	En el libro XVI de las Cuestiones de Paulo: Un vendedor vendió a un comprador su derecho de sucesión sobre una finca y acordó por una estipulación transferirle todo lo perteneciente a la finca. La pregunta surgió sobre qué debería entregar de acuerdo con la estipulación, ya que una estipulación no está doblemente obligada, de manera que tanto la propiedad como el precio estén debidos. En efecto, si el comprador posteriormente vendió la propiedad y se hizo la estipulación, pensamos que el precio está incluido en la estipulación. Sin embargo, si la estipulación se hizo primero y luego el comprador obtuvo la propiedad, en este caso, deberá la propiedad. Si vende a un esclavo y éste muere, ¿le deberá el precio del esclavo? Si alguien prometió dar a Stichus pero lo vende, estando el esclavo muerto en ese momento, no deberá el precio si no ha incurrido en mora. Sin embargo, si se vende el derecho de sucesión sobre una finca y después se dispone de una propiedad perteneciente a la misma, se considerará que se estaba realizando el negocio del comprador, en lugar del de la finca. Pero esto no se aplica a un caso en el que está involucrada una propiedad específica, ya que si le vendo un esclavo y, antes de su entrega, lo vendo nuevamente a otra persona y recibo el precio, y el esclavo muere; debemos considerar si no te debo algo por la compra, ya que no incurrió en mora al hacer la entrega, ya que el precio del esclavo que se vendió al segundo comprador no se cobró por la propiedad, sino por la transacción; por lo tanto, el resultado es igual que si no hubiera vendido al esclavo a otro, ya que te deberé la propiedad y no el derecho de acción contra el segundo comprador. Sin embargo, cuando se vende un derecho de sucesión sobre una finca, se considera acordado tácitamente que si realizo alguna acción como heredero, debo compensarlo al comprador, de la misma manera que si estuviera llevando a cabo su negocio**; tal como el vendedor de un terreno está obligado por consideraciones de buena fe a entregar las cosechas, aunque no tuviera la culpa de no cosechar los cultivos de otra persona, a menos que se le pueda responsabilizar por negligencia**. Pero ¿qué pasa si vendí una propiedad mientras otra persona estaba en posesión y acepté los daños tasados? ¿Le debería a la otra persona la propiedad o el precio de la misma? Ciertamente le debería la propiedad, ya que no estaría obligado a transferirle sus derechos de acción sino la propiedad en sí. Si fui despojado de la propiedad por la fuerza, o si me condenaron a pagar daños y perjuicios por una acción de robo, esto no afectaría de ninguna manera al comprador, ya que si el vendedor dejara de tener posesión de la propiedad sin culpa suya, estaría

	obligado a ceder sus derechos de acción y también los daños recibidos, pero no la propiedad; y en caso de que un edificio fuera consumido por el fuego, debería transferir el terreno en el que estaba ubicado.
3-parr (18.5)	3. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXIII. La compra y la venta se contratan por consentimiento mutuo, y por lo tanto, también pueden ser rescindidas por consentimiento mutuo antes de que se haya concluido la transacción. Por lo tanto, surgió la pregunta de si la obligación podría ser rescindida simplemente por la voluntad de las partes, si el comprador ha aceptado un fiador, o el vendedor ha realizado una estipulación. **Julián dice que entonces, en efecto, no procedería una acción por la venta, porque las excepciones basadas en el contrato están incluidas en un acuerdo de buena fe**. Sin embargo, debe considerarse si una excepción estaría disponible para liberar al fiador. Mi opinión es que si el principal es liberado, también lo será el fiador. La misma regla se aplica cuando, si el vendedor inicia un procedimiento basado en la estipulación, puede ser excluido por una excepción. La ley también es la misma donde el comprador ha incluido la entrega de la propiedad en la estipulación.
7.1 (18.5)	7. Paulus, Preguntas, Libro V. (1) Si un pupilo hace personalmente un contrato sin la autoridad de su tutor, y luego hace una compra con su consentimiento, aunque el vendedor ya está obligado por un contrato con él, aun así, debido a que el pupilo no es responsable, la venta se renueva para que ambas partes estén mutuamente obligadas. Si la autoridad del tutor fue interpuesta en primer lugar y luego el pupilo hizo una compra sin su autoridad, la segunda compra es nula. También puede plantearse la cuestión de si la compra puede anularse cuando el pupilo hizo un acuerdo sin la autoridad de su tutor, ya que dicho acuerdo tiene el mismo efecto que si el pupilo, en primer lugar, hubiera realizado la compra sin la autoridad de su tutor, y por lo tanto él mismo no es responsable; pero si él entabla una acción para obtener la propiedad, ¿puede el vendedor retenerla hasta que sea pagada? **Razonablemente, sin embargo, se puede sostener que, dado que la compra fue contratada correctamente en un principio, apenas es coherente con la buena fe que un acuerdo deba cumplirse si, mediante él, la otra parte se ve perjudicada**; y esto es especialmente cierto si la última fue inducida a error por un error plausible.
1.3 (18.6)	1. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXVIII. (3) El vendedor tiene el derecho de derramar el vino si ha establecido un tiempo específico para medirlo y esto no se hace en el día señalado. Sin embargo, no debe derramarlo antes de notificar al comprador, en presencia de testigos, ya sea para que retire el vino o advirtiéndole que, si no lo hace, lo derramará. Será más loable si decide no derramarlo cuando tiene el derecho de hacerlo. Por lo tanto, puede exigir alguna compensación por el uso de los barriles, pero sólo si le conviene que los barriles que contenían el vino estén vacíos; por ejemplo, si estaba a punto de alquilarlos o si era necesario que los alquilara en su lugar. Sin embargo, es más conveniente alquilar otros recipientes y no entregar el vino

	hasta que el comprador haya pagado el alquiler de los otros**, o vender el vino de buena fe;** es decir, asegurarse de hacer todo sin incomodarse a sí mismo, para que el comprador sufra la menor pérdida posible.
2.1 (18.6)	2. Gayo, Sucesos Cotidianos, Libro II. (1) Además, veamos de qué manera el vendedor debe cuidar el vino antes de que llegue el tiempo señalado para medirlo; **¿debe ejercer diligencia exacta u ordinaria, o sólo responde por fraude? Pienso que el vendedor debe limitarse a ejercer la diligencia ordinaria, y es excusable en caso de accidente inevitable o demostración de fuerza superior.**
16-parr (18.6)	16. Javolenus, On Cassius, Book VII. En el caso en que el comprador de un esclavo solicita permiso para contratarlo como arrendamiento hasta que pueda pagar su precio, no adquirirá ningún derecho a través de los servicios de dicho esclavo, ya que no se considera entregado aquel cuya posesión es retenida por el vendedor al contratarlo. **El comprador será responsable del esclavo si algo le sucede sin que haya mala fe por parte del vendedor.**
17-parr (18.6)	17. Pomponio, Sobre Quinto Mucio, Libro XXXI. Debe notarse que, **tan pronto como el comprador comience a incumplir, el vendedor será responsable, no por negligencia, sino solo por fraude.** Si tanto el vendedor como el comprador incurren en mora, Labeo dice que el comprador sufrirá más perjuicios que el vendedor. Hay que considerar, sin embargo, si el último en mora no es el más perjudicado, pues ¿qué sucederá si yo notifico al vendedor y no me entrega los bienes que compré, y entonces, cuando después lo ofrece, me niego a aceptarlo? Está claro que, en este caso, debería ser yo quien sufra por el incumplimiento. Pero si la mora fue causada por el comprador, y luego, estando todo intacto, el vendedor debe morar cuando pudo hacer la entrega, es justo que sufra la demora posterior.
6-parr (18.7)	6. Papiniano, Preguntas, Libro XXVII. Cuando un vendedor toma garantías de un comprador de que no manumitirá a una esclava femenina o la someterá a prostitución, y si se comete algún acto en violación de esta disposición, ella puede ser recuperada por su amo o considerada libre, y se puede exigir una penalización en virtud de una estipulación; **ciertas autoridades sostienen que se puede alegar una excepción basada en mala fe, pero Sabinus piensa que esto no se puede hacer.** Sin embargo, la razón sugiere que una estipulación no puede tener validez legal si se omite la condición "Que no debe ser manumitida", ya que es increíble que alguien haya tenido la intención de manumitir a una esclava y no haya tenido en mente un acto que lo lograría. Pero cuando se establece que la esclava no será sometida a prostitución, no hay razón por la cual la pena no pueda ser demandada y recaudada, ya que el comprador habría deshonrado a la esclava y cuestionado las intenciones del vendedor al mismo tiempo; porque,

	sin tener en cuenta la estipulación en su totalidad, se ha establecido que una acción de venta procederá.

19. Libro 19: Sobre las acciones legales derivadas de los cuasidelitos.

Referencia	Cita del Digesto
1.1 (19.1)	1. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXVIII. (1) En el caso en que el vendedor conociera que la propiedad estaba sujeta a una servidumbre y lo ocultara, no podrá evitar una acción de compra, siempre y cuando el comprador desconociera este hecho; **ya que todo lo que se hace en violación de la buena fe está incluido en una acción de compra**. **Entendemos que el vendedor tiene conocimiento de la carga y la oculta, no sólo cuando no notifica al comprador, sino también cuando niega que dicha servidumbre sea válida, cuando se le cuestiona sobre el tema**. Si se sugiere como ejemplo que el vendedor dijo: "No hay servidumbre, pero en caso de que aparezca inesperadamente, no seré responsible", considero que será responsable de una acción de compra, porque la servidumbre existía y él lo sabía**. Sin embargo, si el vendedor tomó medidas para evitar que el comprador averiguara que existía una servidumbre, considero que será responsable de una acción de compra**. **Y, en general, diría que si actuó fraudulentamente al ocultar la existencia de la servidumbre, deberá ser considerado responsable, pero no después de que haya consentido en proporcionar la garantía.** Estos principios son aplicables cuando el comprador desconocía la existencia de las servidumbres, ya que no se considera que el vendedor haya ocultado algo cuando la otra parte está al tanto de ello, **ni se le debe informar a quien no ignora los hechos.**
6.4 (19.1)	6. Pomponius, Sobre Sabinus, Libro IX. Un vendedor será responsable de una acción de venta, incluso si no estaba consciente de que la medida del terreno era menor de lo que se había representado. (4) Si me vendes una embarcación de cualquier tipo y **afirmas** que tiene una cierta capacidad o un cierto peso**, si es deficiente en alguno** de esos aspectos, puedo interponer una acción de venta contra ti. Pero si me vendes un jarrón y **garantizas** que está en perfectas condiciones y **resulta no ser así,** debes compensarme cualquier pérdida que haya sufrido por esa razón; pero si no se entiende que garantizas su perfección, **sólo serás responsable por fraude**. Labeo tiene una opinión diferente y cree que sólo se debe considerar que la parte debe garantizar que el jarrón esté en perfectas condiciones **cuando no se haya acordado lo contrario**; y esta opinión es correcta. Minicius afirma que

	Sabinus opinó que se debería entender una garantía similar cuando se alquilan barriles."
6.9 (19.1)	*6. Pomponio, Sobre Sabino, Libro IX.* 9) **En el caso de que el vendedor venda conscientemente una propiedad que está gravada con una carga o que pertenece a otra persona, y esto se establezca en el contrato donde él se exonera de cualquier responsabilidad al respecto, es necesario tomar en cuenta su conducta fraudulenta, que siempre debería estar ausente en una transacción de venta que se basa en la buena fe**.
11.1 (19.1)	11. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXII. (1). En primer lugar, es importante recordar que en un caso de este tipo, sólo debe incluirse lo que puede ser apropiadamente objeto de una garantía, ya que esta es una acción de buena fe **y nada es más consistente con la buena fe que cumplir con lo acordado entre las partes contratantes**. **Si no se acordó nada específico, entonces serán responsables entre sí por lo que naturalmente entra dentro del alcance de la transacción.**
11.15 (19.1)	11. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXII. (15) Por último, en el Décimo Libro sobre Minicio, él dice: "Si alguien vende un esclavo bajo la condición de que pagará el doble de los daños dentro de treinta días si el título no es válido, y que después de ese tiempo no será responsable de nada", y el comprador no exige que se le pague la cantidad dentro del período designado, el vendedor no será responsable, siempre que haya vendido ignorante un esclavo que pertenecía a otro; porque, en este caso, sólo está obligado a garantizar al comprador que el título no será impugnado por él o por sus herederos. **Donde alguien vende conscientemente un esclavo que pertenece a otro, sostiene que el vendedor no está libre de fraude y, por lo tanto, será responsable en una acción de compra**.
11.16 (19.1)	11. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXII . (16) Creo que la opinión de Juliano con respecto a las prendas también es perfectamente correcta; porque donde el acreedor vende legalmente una prenda, y posteriormente el comprador es privado de ella por alguien con un título mejor, él no será responsable y no podrá ser demandado en una acción de compra para recuperar el precio; porque este punto ha sido establecido por varias Constituciones Imperiales**. Es claro que el vendedor debe dar una garantía contra el fraude; porque él se obliga expresamente en este sentido, pero incluso si no lo hace, y vende la propiedad, sabiendo que no tenía derecho sobre ella, o que no pertenecía a la parte que la empeñó; él será responsable en una acción de compra, porque hemos demostrado que debe responder por mala fe.**
11.18 (19.1)	11. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXII.

	(18) Cuando una persona que hace una venta consiente en mantener al comprador en la posesión, veamos hasta qué punto se hace responsable. Creo que hay mucha diferencia si promete que el comprador no será molestado ni por él ni por sus descendientes, o si acepta que su posesión no será disputada por nadie; porque cuando hace la promesa para sí mismo, no está obligado a justificar el título contra otros. Por lo tanto, si la propiedad es recobrada por alguien con mejor título, o se hace una estipulación, el vendedor no será responsable por la estipulación; o, si no se hiciere, no será responsable por el motivo de la compra. Julianus, sin embargo, establece en el Libro Decimoquinto del Digesto que, incluso si el vendedor declara claramente que el comprador tendrá la posesión sin perturbaciones, en lo que respecta a él y sus herederos; se puede hacer la defensa de que la parte no es responsable de la compra por el monto del interés del comprador, sino que solo será responsable del reembolso del precio. También dice que la misma regla se aplica cuando en el contrato de compraventa se establece claramente que no se da garantía contra el desalojo, y que, en caso de que se produzca el desalojo, el vendedor responderá del precio pagado, pero no de indemnización alguna, **ya que los contratos hechos de buena fe no permiten celebrar un pacto por el cual el comprador puede perder la propiedad y el vendedor retener el precio**; a no ser que, como él dice, alguno consintiere en cumplir todos los convenios antes dichos, como sucede cuando el vendedor recibe el dinero y la mercadería no llega a manos del comprador; como, por ejemplo, cuando compramos una futura red lanzada por un pescador, o cualquier juego que pueda capturarse en las trampas colocadas por un cazador, o cualquier pájaro capturado por un cazador; porque aunque nada se tome, el comprador, sin embargo, estará obligado a pagar el precio. Lo contrario, sin embargo, debe sostenerse con referencia a los acuerdos antes mencionados, a menos que el vendedor vendiera a sabiendas la propiedad de otro; porque entonces, **de acuerdo con la opinión de Julianus citada anteriormente por nosotros, debe sostenerse que estará sujeto a una acción de compra, por la razón de que cometió un acto fraudulento**.
13.6 (19.1)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (6) Juliano también dice que el vendedor suele ser responsable por fraude, y lo explica con el siguiente caso. Donde un vendedor sabía que la tierra que ofrecía a la venta estaba cargada con legados a varias municipalidades, y lo declaró en el anuncio que sólo estaba endeudado con una municipalidad, pero después insertó en el contrato de venta que, si se debían tributos, impuestos, o cualquier cosa a modo de impuestos, o para la reparación de caminos, el comprador debe hacer el pago, realizar dichos actos y ser responsable; **el vendedor será responsable de una acción de compra por haber engañado al comprador**. Esta opinión es correcta.
13.7 (19.1)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (7) Pero como, de hecho, se sugirió que ciertos tutores habían actuado de esta manera al vender bienes pertenecientes a un pupilo, dice que **la pregunta es si**

	el pupilo debe ser responsable del fraude de sus tutores. Si, en efecto, los tutores mencionados vendieron la propiedad, no hay duda de que son responsables de una acción de compra. Sin embargo, si el pupilo vendió la propiedad con su autorización, solo será responsable de la cantidad en la que se benefició de la transacción, y se debe emitir un fallo contra los tutores por el resto, sin referencia a la limitación de tiempo, **porque la responsabilidad por actos fraudulentos [dolosos] de sus tutores no se atribuye al pupilo después de que llega a la pubertad.**
13.10 (19.1)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (9) Por tanto, se plantea la cuestión de que cuando se paga parte del precio y se entrega la cosa, pero después se pierde por prueba de un título superior, ¿puede el comprador proceder por una acción de compra a recuperar el precio total de la cosa, o simplemente lo que pagó? Creo que la mejor opinión es que sólo puede recuperar lo que pagó; de lo contrario, se encontraría con **una excepción por motivo de fraude.**
13.14 (19.1)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (14) Titio vendió un lote de tierra que contenía noventa yugeras, y en el contrato de venta se indicaba que había cien yugeras en dicho lote, y antes de que se realizara la medición se le agregaron diez yugeras por depósito aluvial; **Coincido con la opinión de Neratius, quien sostuvo que si el vendedor estaba al tanto de la deficiencia cuando vendió la tierra, se podría presentar una acción de compra en su contra,** incluso si se habían agregado diez yugeras al lote; p**orque era culpable de un fraude que no se eliminó con la adición.** Sin embargo, si hizo la **venta de forma ignorante, no se podrá presentar una acción de compra.**
13.17 (19.1)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (17) Celso también dice en el mismo libro: Vendiste tu parte de una extensión de tierra que tenías en común con Titius, y antes de entregar la posesión fuiste obligado a participar en una acción de partición. Si el terreno fuere adjudicado enteramente a vuestro copropietario, podéis recuperar de Titius por esta cuenta la cantidad que estáis obligados a pagar al comprador; pero si se os adjudica todo el terreno, dice que podéis transferirlo todo al comprador, de tal modo, sin embargo, que debe pagar a Titius la cantidad por la que se os ha dictado sentencia en este asunto, y que debe proporcionar seguridad contra el desalojo con referencia a la parte que vendió; **pero por lo demás, sólo serás responsable del fraude**. **Porque, en efecto, es justo que se coloque al comprador en la misma posición que si la acción de partición se hubiera ejercitado contra él**. Sin embargo, si el juez dividió el terreno entre ti y Titius por ciertos límites, no hay duda de que debes entregar al comprador lo que te ha sido adjudicado.
24.1 (19.1)	24. Julianus, Digest, Libro XV.

	Si un esclavo en quien tienes un usufructo compra un terreno y, antes de que se pague el precio de compra, pierdes tus derechos civiles, aunque hayas pagado el precio, no tendrás derecho a una acción de compra debido a la pérdida de tus derechos civiles, pero puedes demandar al vendedor para recuperar el dinero que no estaba adeudado. No importa si tú o el esclavo han realizado el pago con el peculio que te pertenece, siempre que esto se haga antes de la pérdida de tus derechos civiles, ya que en ambos casos tendrás derecho a una acción de compra. (1) **En otra situación, si compré a tu esclavo a un ladrón de buena fe, sin saber que había sido robado, y el esclavo compró otro esclavo con el peculio que te pertenece y me lo entregó;** Sabinus dice que puedes presentar una acción personal contra mí para recuperar al segundo esclavo. Sin embargo, si he sufrido alguna pérdida debido a la transacción que él negoció, puedo presentar una acción basada en el peculio contra ti. Cassius afirma que esta opinión de Sabinus es correcta, con la cual también estoy de acuerdo.
30.1 (19.1)	30. Africanus, Cuestiones, Libro VIII. (1) Si conscientemente me vendieras una propiedad perteneciente a otro, **mientras yo ignoraba ese hecho**, Juliano sostiene que puedo presentar correctamente una acción de compra en tu contra, incluso antes de que me despojen de la propiedad por un mejor título, por una cantidad equivalente a mi interés en que se convierta en mía; porque aunque, por otro lado, es cierto que el vendedor sólo es responsable de la entrega de la propiedad al comprador, y no de transferirle el título, aún así, **debido a que debería garantizar que no está cometiendo fraude, aquel que vende conscientemente la propiedad de otro a alguien que ignora que no es suya es responsable**. Esta regla se aplica especialmente si manumites a un esclavo o vendes una propiedad que se va a dar en garantía.
31.2 (19.1)	31. Neracio, Pergaminos, Libro III . (2) Dos de nosotros compramos la misma propiedad a una persona que no era el dueño, **la compra y venta se realizaron sin mala fe, y la propiedad fue entregada. Ya sea que ambos hayamos hecho la compra a la misma persona o a dos diferentes, debe ser protegido quien primero adquirió su derecho**; es decir, aquel a quien se le hizo la entrega primero. Donde uno de los dos hace una compra al dueño de la propiedad, debe ser protegido en todo caso.
34-parr (19.1)	34.- Ulpianus, en el Edicto, Libro XVIII. Cuando se vende un terreno **y se comete fraude con respecto a la calidad** de las yugadas, procede una acción de compra."
37-parr (19.1)	37. Paulo, Sobre Plaucio, Libro XIV. **Ya que, así como es justo que el comprador de buena fe no resulte perjudicado por el fraude de otro, así es injusto que el vendedor mismo se beneficie de su propio fraude**.

42-parr (19.1)	42. Paulus, Preguntas, Libro II. Si el vendedor de dos lotes de tierra hiciere declaraciones con referencia a las medidas de cada uno, y luego entregare los dos por un solo precio, y a uno de los lotes faltare todo el importe, pero el otro contuviera más; por ejemplo, si decía que uno de ellos contenía cien *jugera*, y el otro doscientos, de nada le aprovecharía si en uno de ellos se encontrara que contenía doscientos, y al otro le faltasen diez. Labeo da una decisión sobre este punto. **Pero, ¿puede dudarse de que el vendedor dispondrá de una excepción por mala fe? Por ejemplo, si faltara una porción muy pequeña de bosque, y la extensión incluyera una extensión de viñedo mayor que la prometida, ¿no sería culpable de fraude el que se acogió a su derecho perpetuo? Porque en el caso de que la cantidad de tierra sea mayor de lo que se ha dicho, no es en beneficio del vendedor, sino en beneficio del comprador; y el vendedor es responsable siempre que se compruebe que la medida es corta.** Veamos, sin embargo, si el vendedor no tiene motivo de queja con referencia a la misma tierra, donde se encuentra que la viña abarca más que el prado, y la medida del conjunto es correcta. La misma cuestión puede suscitarse en el caso de dos extensiones de tierra, como cuando alguien vende dos esclavos con derecho condicional a su libertad, por un precio, y dice que uno estaba obligado a pagar diez aurei cuando debía pagar *quince*; porque responderá a la acción de la venta, aunque el comprador hubiere recibido veinte *aureos* de los dos. Es más justo, sin embargo, en todos los casos antes mencionados, que la ganancia se compense con la pérdida, y si algo falta al comprador, ya sea en la medida o en la calidad de la tierra, debe ser indemnizado por lo mismo.
45.3 (19.1)	45. *Paulus, Preguntas, Libro* V. (1) Se tiene por más conveniente lo siguiente, a saber, si me vendes un solar baldío de otro, y yo edifico sobre él, y el dueño del inmueble lo recobra por evicción; porque como éste, **al entablar una acción para recuperar dichos bienes, puede ser impedido por una excepción de mala fe si no paga el costo de los edificios, la mejor opinión es que el vendedor no es responsable de esto**. También debe tenerse en cuenta en el caso de un esclavo que, si se recobra con un título mejor, mientras esté aún en la esclavitud y no después de haber sido puesto en libertad, el propietario debe hacer efectivos los gastos y gastos hechos por su cuenta. Si el comprador no está en posesión del inmueble o del esclavo, tendrá derecho a la acción de compra. En todos estos casos, si alguien a sabiendas vende bienes pertenecientes a otro, incuestionablemente será responsable.
48-parr (19.1)	48. *Scaevola, Opiniones, Libro II* . Titius, el heredero de Sempronius, vendió una extensión de tierra a Septicius de la siguiente manera: “Te vendo el campo que pertenecía a Sempronius, junto con los derechos que tenía Sempronius en el mismo, por tanto dinero”. Entregó la mera posesión de dichos terrenos, pero no señaló los linderos de los mismos. Surgió la cuestión de si podía ser obligado en una acción de compra a mostrar

	mediante documentos pertenecientes a la herencia qué derechos tenía el difunto en dicha tierra, y señalar sus límites. Respondí que todo debía hacerse bajo este contrato escrito, que las partes entendieron que se pretendía. **Si esto no se puede comprobar, el vendedor debe presentar los documentos relativos al terreno y señalar sus linderos, porque esto es conforme a la buena fe del contrato**.
49-parr (19.1)	49. Hermogenianus, Epitomes of Law, Libro II. **Si alguno, con el fin de engañar al comprador, presenta un arrendatario falso que está en connivencia con él, estará sujeto a la acción de compra**; ni puede defenderse afirmando que asume la responsabilidad del arrendatario, y la renta por cinco años, **si por este medio consiguiera más fácilmente encubrir el fraude.**
50-parr (19.1)	50. Labeo, Epítomes posteriores de Javolenus, Libro IV. **La buena fe no tolera que, cuando un comprador, debido a la indulgencia de alguna ley, no está obligado a pagar el precio de la propiedad antes de recibirla, el vendedor se vea obligado a entregarla y renunciar a la posesión de la misma**. Sin embargo, si ya se ha entregado la posesión de la propiedad, el resultado será que el vendedor perderá la propiedad. Por ejemplo, si el comprador se opone a la reclamación del vendedor sobre la propiedad con una excepción basada en la venta y entrega, tendrá el mismo efecto que si el reclamante no hubiera vendido ni entregado la propiedad al comprador en primer lugar.
51.1 (19.1)	51. Labeo, epítomes posteriores de Javolenus, Libro V. (1) Cuando compró un terreno con la condición de que pagaría el dinero de la compra en las *calendas* de julio; aunque pasado el tiempo, el vendedor tuvo la culpa de no pagarle el dinero, y después tuviste la culpa de no pagarlo; Declaré que el vendedor podía valerse de la condición estipulada en el contrato, frente a usted; porque al hacer la venta fue intención de las partes que si el comprador moría por falta de pago del dinero, respondiese de la pena de que habla el contrato. **Creo que esta opinión es correcta, a menos que el vendedor sea culpable de fraude en la transacción**.
54.1 (19.1)	54. *Paulus, Opiniones, Libro* V. (1) El arrendador y el arrendatario de una extensión de terreno acordaron que el arrendatario, Seius, no debería ser expulsado contra su voluntad durante el término del arrendamiento, y si fuera expulsado, el arrendador, Titius, debería pagar a él una pena de diez *aurei;* o, si el arrendatario Seyo deseare retirarse durante el término del arrendamiento, debe ser obligado a pagar diez *aureos* al arrendador Ticio ya las partes recíprocamente estipuladas con referencia a este. Pregunto, como el arrendatario, Seyo, no pagó el alquiler durante dos años consecutivos, si podría ser expulsado sin que Titius temiera incurrir en la pena. Paulus respondió que si bien nada se decía en la estipulación penal con referencia al pago de la renta, aún así, es probable que se pactó que el

	arrendatario no debía ser expulsado durante el término del arrendamiento, si pagaba la renta, y cultivó la tierra, como debía hacerlo; **de modo que si entendiera demandar la pena, y no hubiere pagado la renta, el arrendador podía acogerse a una excepción por causa de mala fe.**
9-parr (19.2)	Según Ulpiano, en el Edicto, Libro XXXII: **Si alguien me alquila una casa o un terreno que ha sido comprado de buena fe, y él es despojado de la misma sin fraude ni negligencia por su parte**; Pomponio afirma que, no obstante, el arrendador seguirá siendo responsable de una acción de arrendamiento, para que el arrendatario pueda disfrutar de la propiedad alquilada. Es claro que si el propietario no le permite ocupar el lugar y el arrendador está dispuesto a proporcionarle otra casa igual de conveniente, él dice que sería perfectamente justo que el arrendador quede liberado de su obligación.
9.4 (19.2)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (4) El emperador Antonino, junto con su padre, declaró en un Rescripto con referencia a un rebaño de cabras que un grupo había alquilado y que le habían robado: "**Si se puede probar que los ladrones ahuyentaron a las cabras sin fraude de su parte,** no estará obligado a ser responsable de lo ocurrido en una acción de arrendamiento, y puede recuperar cualquier alquiler por el tiempo que sigue al robo como dinero pagado que no se debía".
21-parr (19.2)	21. Javoleno, Epístolas, Libro XI. Cuando vendí un terreno, el acuerdo fue que, hasta que se pagara el monto total, el comprador lo arrendaría por una determinada renta. Cuando se paga el dinero, ¿se debe dar un recibo por el alquiler? **La respuesta fue que la buena fe exige que se haga lo pactado, pero que el comprador no sea responsable ante el vendedor de una suma superior a la que ascendería la renta del inmueble durante el tiempo en que no se pagara el dinero**.
24-parr (19.2)	24. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXIV. Cuando se incluye en el contrato de arrendamiento que el trabajo debe ser aprobado por el propietario, se entiende que esto significa de acuerdo con el juicio de un buen ciudadano. **La misma regla se aplica cuando se recurre al juicio de cualquier otra persona; pues la buena fe exige que dicho juicio se brinde de manera justa y adecuada.** Este tipo de juicio se refiere a la calidad del trabajo y no a la extensión del tiempo estipulado en el contrato, a menos que esto también haya sido incluido en el acuerdo. **En consecuencia, si la aprobación del trabajo ha sido obtenida mediante fraude por parte de la persona empleada, no tendrá efecto, y se podrá presentar una acción de arrendamiento.**
35-parr (19.2)	35. Africanus, Preguntas, Libro VIII . Esta distinción corresponde a la introducida por Servio y ha sido aprobada por casi todas las autoridades. Es decir, cuando un arrendador impide que un arrendatario disfrute del uso de la casa al realizar reparaciones en ella, se debe

	considerar si la casa fue demolida por necesidad. ¿Qué diferencia habría entre que el arrendador de un edificio esté obligado a repararlo debido a su antigüedad, o que el arrendador de un terreno deba soportar un daño causado por una parte a la que no puede evitar que lo inflija? **Sin embargo, es importante destacar que esta distinción se aplica a una persona que ha alquilado su terreno para que sea disfrutado y ha realizado la transacción de buena fe; no se aplica a alguien que haya alquilado fraudulentamente un terreno que pertenece a otra persona y no pueda resistirse al dueño cuando este impide que el inquilino lo disfrute.**
45.1 (19.2)	45. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXII. Si te alquilo una casa y mis esclavos te causan algún daño o cometen un robo, no soy responsable ante ti por el contrato de arrendamiento, sino en una acción noxal. (1) Si te alquilo un esclavo para que trabaje en tu tienda y comete un robo, puede haber dudas sobre si una acción por el contrato de alquiler será suficiente en este caso. No sería conforme a la buena fe implícita en el contrato que sufras alguna pérdida debido a la propiedad que has alquilado. ¿O se podría afirmar que, además del derecho de acción basado en el contrato de alquiler, también existe un derecho de acción por el delito de robo, y que este delito da lugar a un derecho de acción peculiar? Esta es la opinión más acertada.
54-parr (19.2)	54. Paulus, Opiniones, Libro V. Pregunto si un fiador que se presenta por un arrendatario también será responsable por los intereses del alquiler que no se haya pagado, o si puede aprovecharse de las disposiciones en las que se establece que aquellos que pagan dinero por otros sólo están obligados a ser responsables por el monto principal que se adeuda. **Paulus respondió que incluso si el fiador se obligó por todo lo relacionado con el arrendamiento, también estará obligado a pagar intereses, al igual que el arrendatario está obligado a hacerlo cuando está en incumplimiento del pago del alquiler. En contratos realizados de buena fe**, aunque los intereses pueden no surgir directamente de la obligación, ya que dependen de la decisión del juez, aun así**, si el fiador se responsabiliza por todo lo relacionado con el contrato del arrendatario, parece justo que también deba cargar con el peso de los intereses,** si se obligó en los siguientes términos: "¿Te obligas por la cantidad de una sentencia justamente dictada?" O en estas palabras: “¿Prometes indemnizarme?”
61-parr (19.2)	61. Scaevola, Compendio, Libro VII. Un arrendatario, aunque no estaba incluido en los términos de su arrendamiento que plantara vides, sin embargo, las plantó en la tierra, y, a causa del rendimiento de las mismas, se alquiló el campo por diez aurei más cada *año*. Se planteó la cuestión de si el propietario podía demandar al arrendatario, que había sido expulsado de la tierra por falta de pago de la renta, alegando que la renta estaba vencida; o si podría recuperar el gasto en que incurrió

	rentablemente al plantar las vides **donde se presentó una excepción por causa de fraude.** La respuesta fue que podía recuperar el gasto o que no sería responsable de nada más.
1-parr (19.4)	1. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXII. Así como vender es una cosa y comprar es otra, y existe una diferencia entre el comprador y el vendedor, así el precio es una cosa y la propiedad es otra. Sin embargo, en un intercambio no se puede determinar quién es el comprador y quién es el vendedor. **Los intercambios difieren mucho, ya que un comprador está sujeto a una acción de compra, a menos que pague el precio de compra al vendedor; y es suficiente que el vendedor se obligue en caso de desahucio, a entregar la posesión y estar libre de fraude,** y por lo tanto, si la propiedad vendida no se pierde por un título mejor, no debe nada. Sin embargo, en un intercambio, si la propiedad de cada parte se considera como el precio de la otra, el título de cada artículo debe pasar, pero si se considera como mercancía, ninguno está obligado a transferir la propiedad. Pero, si bien en una venta debe haber tanto propiedad como precio, en un intercambio no se puede determinar cuál es la propiedad y cuál es el precio, ni la razón permite que la misma cosa sea a la vez la propiedad vendida y el precio de lo que se compra.
60.7 (19.4)	60. *Labeo, Last Epitomes de Javolenus, Libro* V. (7) Contrataste a un esclavo mío que era arriero, y **perdiste una mula por su negligencia**. Si se contrató a sí mismo, sostengo que debo reparar el daño a usted sobre la base de la propiedad empleada para mi beneficio, pero sólo en la medida del *peculium* del esclavo. Sin embargo, si yo mismo lo arrendé, no seré responsable ante usted por otra cosa que fraude y negligencia. Pero si me arrendasteis un arriero sin designación de su persona, y yo os entrego aquel por cuya negligencia pereció el animal, digo que debo responder ante vosotros por la negligencia, porque yo escogí al esclavo que os hizo perder. de este tipo.
1.2 (19.5)	1. Papiniano, Preguntas, Libro VIII. (2) De manera similar, **cuando alguien entrega una propiedad a otra persona para su examen con el fin de establecer su precio**, una transacción que no es ni un depósito ni un préstamo para uso, **y la parte no muestra buena fe, se puede presentar una acción civil *in factum* en su contra.**
5.2 (19.5)	*5. Paulus, Preguntas, Libro V.* (2) Pero cuando doy para que puedas realizar algún acto, y el acto es tal que puede ser alquilado; por ejemplo, que usted puede pintar un cuadro y se paga dinero, será una contratación, tal como se hizo una compra en el caso anterior. Si la transacción no es un alquiler, o se inicia una acción civil con referencia a mi interés, o se llevará a cabo un juicio para la recuperación de la propiedad. Pero si el acto es tal que no puede ser objeto de un contrato de arrendamiento,

	como, por ejemplo, que manumitáis un esclavo, si se añade un cierto tiempo dentro del cual debe ser manumitido, y cuando pudo haber sido manumitido el tiempo transcurrido durante la vida del esclavo; o si no hubiere transcurrido el tiempo, sino el suficiente en que pudo y debió ser manumitido, se puede ejercitar la acción para su recuperación, o para la interpretación del contrato. Lo que ya hemos dicho es aplicable a estos casos. Mas si te di una esclava para que manumitieras a tu esclava, y así lo hicieres, y la que te di se pierde por mejor título; si te lo di sabiendo que era propiedad de otro, **Juliano dice que se me conceda una acción basada en fraude**. Si desconocía el hecho, puede ejercitarse contra mí una acción civil *in factum.*
5.3 (19.5)	5. *Paulus, Preguntas, Libro* V. (3) Si yo realizo un acto para que tú me des algo, y después de que yo haya realizado el acto, tú te niegas a dármelo; no se podrá presentar una acción civil, y **por lo tanto se concederá una acción por mala fe**.
15-par (19.5)	15. *El Mismo, Sobre Sabino, Libro XLII* . Las personas que saben dónde se ocultan los esclavos fugitivos deben informar a sus amos, y esto no los hace culpables de robo; porque es habitual que reciban una recompensa por hacerlo, si revelan el escondite de dichos esclavos, y el regalo en este caso no se considera ilegal; por lo tanto, la parte que recibe la recompensa no debe temer una demanda para su recuperación, porque la recibió por una buena razón, y no por una que sea deshonrosa. Sin embargo, si no se pagó nada, pero se llegó a un acuerdo con respecto a la información, es decir, que se le daría una suma determinada a la parte si revelaba el escondite del esclavo, y este último es aprehendido, veamos si se puede presentar una acción. De hecho, esto no es un acuerdo sin contraprestación, del que se puede inferir que no se originará una acción, sino que incluye una cierta transacción, y por lo tanto puede ser el fundamento de una acción civil; es decir, uno *praescriptis verbis*, a menos que alguien diga que, en este caso, **una demanda por fraude será admisible, donde se pueda establecer mala fe.**
16.1 (19.5)	16. *Pomponio, Sobre Sabino, Libro XXII*. (1) Me diste permiso para sembrar grano en tu tierra y para cosecharlo. Lo sembré, **pero no me permitiste cosechar el grano**. Aristo dice que no se podrá presentar una acción civil, y puede ser una pregunta si se otorgará una *acción in factum*, **pero que una por mala fe sin duda estará disponible**.
17.2 (19.5)	17. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXVIII. (2) Papinianus, en el Octavo Libro de las Preguntas, afirma: "Si te di un artículo para que lo examinaras, y alegas que lo has perdido, sólo se podrá presentar una acción para la construcción del contrato si ignoro dónde está el artículo. Porque si sé que está en tu posesión, puedo presentar una acción por robo, o una para recuperar la propiedad, o una para su producción. **Por lo tanto, si le he dado el artículo a alguien para que lo examine, o para su propio**

	beneficio, o para el beneficio de ambos, sostengo que debe ser responsable ante mí por fraude y negligencia, debido a la ventaja que le reporta; pero no por su pérdida. Sin embargo, si le he dado el artículo para mi propio beneficio, sólo será responsable por fraude, porque esta transacción se asemeja mucho a un depósito".
20.2 (19.5)	20. *Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXII* . (2) Si cuando quieres comprar una vajilla de plata, y un platero te la trae y la deja, y como no te conviene, la das a tu siervo para que la devuelva, **y se pierde sin fraude ni negligenci de su parte;** la pérdida debe ser sufragada por el platero, porque fue enviada para su beneficio tanto como para el tuyo. Labeo dice que es cierto **que sois responsables de la negligencia de aquellos a quienes se han encomendado las cosas para su custodia y entrega**; y creo que en esta instancia residirá una acción para la construcción del contrato.
24-parr (19.5)	24. *Africanus, Preguntas, Libro VIII* . Titius prestó a Sempronius treinta *aurei*, conviniendo entre ellos que, a la devolución del dinero, Sempronius debería pagar los impuestos que Titius debía, siendo el interés computado al seis por ciento; y en caso de que el interés ascendiera a más que los impuestos, Sempronio debía devolver el excedente de dichos intereses a Titius, y cuando los impuestos fueran más que el interés, el exceso debería deducirse del principal; pero si la cantidad de los impuestos excediese tanto del principal como del interés, Titius debe pagar la cantidad a Sempronius; y no se hizo ninguna estipulación formal con referencia al asunto entre las partes. Titius pidió una opinión sobre qué acción podría emprender para recuperar de Sempronius el resto de los intereses, después del pago de los impuestos. La respuesta fue que el interés sobre el dinero prestado no se debía realmente a menos que se hubiera hecho una estipulación sobre el mismo; pero en el caso expresado debe considerarse si la transacción no debe tenerse por mandato convenido entre las partes, y no como préstamo a interés, a menos que el interés cobrado exceda del seis por ciento. La acción para la recuperación del principal no se basaría, en efecto, en el dinero prestado; **porque si Sempronio hubiera perdido el dinero sin mala fe, o lo hubiera dejado sin usar, debe decirse que no sería responsable en absoluto por ese motivo**. Por tanto, es el plan más seguro que se conceda una acción *de factum* para la interpretación del contrato, especialmente cuando también se pacta que si el monto de los impuestos excede los intereses, debe deducirse del principal, que excede el disposiciones de la ley y los términos del contrato de dinero prestado.

20. Libro 20: Sobre el derecho de patronato.

Referencia	Cita del Digesto

16.3 (20.1)	16. Marciano , Sobre la fórmula del hipotecario. (3) La pregunta se plantea cuando se presenta una acción para la recuperación de una prenda, si la persona demandada se encuentra en posesión de la propiedad que es objeto de la acción. **Si no está en posesión de la prenda y no ha cometido fraude para evitar estar en posesión, debe ser exonerado**. Sin embargo, si está en posesión y ya sea paga la deuda o entrega la propiedad, también debe ser exonerado. **Pero si no hace ninguna de estas cosas, se debe dictar sentencia en su contra**. Si está dispuesto a entregarla, pero no puede hacerlo porque no está a mano, está lejos o se encuentra en otra provincia, es común que se presente una garantía, ya que si la parte da garantía de entregarla, quedará exonerado. **Pero si ha dejado de estar en posesión mediante fraude y, aunque ha hecho todo lo posible, no puede entregar la propiedad**, se dictará sentencia en su contra por el monto que el demandante jure en el tribunal, como en otras acciones reales. Si se dictara sentencia en su contra por la cantidad adeudada, ¿qué ventaja tendría una acción real, ya que podría recuperar la misma cantidad presentando una acción personal?
21.1 (20.1)	21. Ulpiano, Del Edicto, Libro LXXIII. (1) **Cuando un deudor compra de buena fe un esclavo** de alguien que no es su amo, y lo empeña y retiene la posesión de él, hay motivo para la Acción Serviana; **y si el acreedor procede contra él, puede hacer frente a la excepción con una réplica por causa de fraude**. Esta era la opinión de Julianus, y es razonable.
9.3 (20.4)	9. Africanus, Preguntas, Libro VIII. (3) Titia dio una extensión de tierra que no era suya en prenda a Titius, y posteriormente se la comprometió a Maevius, y luego, habiéndose convertido en dueña de la propiedad, se la otorgó a su esposo como dote, después de que su valor había sido tasado. Se decidió que si el dinero se pagaba a Titius, Maevius no tendría mejor derecho a la prenda por ese motivo; porque donde se liberó el derecho del primer acreedor, se confirmó el del segundo, ya que se encontró que la propiedad pertenecía al deudor. En el caso propuesto, sin embargo, el marido ocupa la posición de comprador, y por tanto, como ni cuando la propiedad estaba gravada a Maevius, ni cuando se hizo el pago a Titius, era propiedad de la mujer, en ningún momento la prenda podía a Maevius ser válido. **Esto, sin embargo, sólo es cierto cuando el marido aceptó la tierra como dote después de haber sido tasada, y lo hizo de buena fe; es decir, si no sabía que estaba hipotecado a Maeviu**.
1-parr (20.6)	1. Papiniano, Opiniones, Libro XI. El amigo de un deudor ausente se hizo cargo de su negocio y, con su propio dinero, liberó las prendas sin que se ofrecieran en venta. Se sostiene que el dueño fue restituido a su condición anterior, y por lo tanto la parte que tramitó su negocio no puede pedir con justicia que se le conceda una acción pretoriana

	bajo la Lex Servia. **Sin embargo, si está en posesión de los bienes que se dieron en prenda, puede protegerse mediante una excepción por causa de mala fe**.
7.2 (20.6)	7. Gaius, Sobre la Fórmula Hipotecario. (2) Nuevamente, cuando se hace un acuerdo con el agente del deudor para que ciertos bienes no sean gravados, **debe sostenerse que el deudor puede acogerse a una excepción por causa de fraude**. Pero cuando se hace un contrato de este tipo con su esclavo, puede alegar una excepción basada en el contrato mismo.
8.7-9 (20.6)	8. Marciano, Sobre la Fórmula Hipotecario. (7) Es superfluo preguntar si una finca especialmente hipotecada fue vendida con el consentimiento del acreedor, si el deudor tenía posesión de la propiedad en ese momento; a menos que ocurriera que el deudor la vendiera con el permiso del acreedor, **y luego la redimiera de buena fe del comprador**, o de alguien a quien la propiedad le había pasado por derecho de sucesión; incluso si el propio deudor se hubiera convertido en el heredero del comprador. Sin embargo, **si el dinero no se pagó, surgirá una sospecha de mala fe, que se extenderá hasta el presente, por lo que el acreedor tendrá derecho a interponer una respuesta por motivos de fraude.** (8) Examinemos el siguiente caso. Si Titio, que era un deudor, vendiera una propiedad que estaba empeñada a Maevio, con el consentimiento de su acreedor, o a alguien más de quien Maevio la compró, y luego Maevio se convirtiera en el heredero de Titio, y el acreedor procediera a cobrar la deuda de él, ¿cuál es la ley? Sería injusto que el comprador fuera privado de la propiedad por el acreedor, ya que la obtuvo, no por el derecho de sucesión, sino de otra manera. **Sin embargo, se puede decir que como Titio actuó de mala fe en el asunto, al impedir que el acreedor cobrara el dinero del poseedor, es muy injusto que sea burlado de esta manera.** (9) Sin embargo, si la tierra en posesión de Maevio fuera gravada por él a cualquier persona cuyo reclamo aún no se hubiera satisfecho, entonces se puede oponer una excepción por el motivo de que la propiedad no se vendió con el consentimiento del acreedor; **porque aunque el deudor actuó de mala fe al no hacer el pago, aún así, el segundo acreedor, que recibió la propiedad en prenda, debe ser preferido.**
8.19 (20.6)	8. Marciano, Sobre la Fórmula Hipotecario. (19) Cuando un acreedor se ha valido de la acción hipotecaria, y ha cobrado daños del poseedor, y luego reclama la deuda del deudor; **creo que puede ser excluido por una excepción por motivo de fraude**.

21. Libro 21: Sobre las acciones legales derivadas de las obligaciones en general.

Referencia	Cita del Digesto
1.1 (21.1)	29. Pomponio, Sobre Sabino, Libro XI. 1.- Si me vendiere cosa ajena, y yo la recompro al verdadero dueño; Celsus, el hijo, dice que la opinión de Nerva no es correcta; a saber, que usted, al entablar una acción de venta, puede recuperar el precio de mí; porque tenía, por así decirlo, derecho a la propiedad, **ya que no es conforme a la buena fe que yo tenga una propiedad bajo un título que pertenece a otra persona**.
1.2 (21.1)	1. Ulpiano, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro I. (2) El motivo de la promulgación de este Edicto fue **prevenir los fraudes de los vendedores y proporcionar alivio a los compradores que hayan sido engañados por los vendedores**. Sin embargo, debemos entender que el vendedor, aunque ignorase las cosas que los ediles ordenaron observar, seguirá siendo responsable; y esto no es injusto, **porque un vendedor puede fácilmente obtener conocimiento de estas cosas, ni le importa al comprador por qué se engaña, ya sea por la ignorancia o por la astucia del vendedor**.
21.1 (21.1)	21. Ulpiano, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro I. Devolver la propiedad es hacer que el vendedor recupere lo que tenía en primer lugar, y debido a que esto se efectúa al entregarla, esto se llama entrega o restitución de la propiedad, por así decirlo. (1) Pomponio dice que cuando el comprador devuelve un esclavo al vendedor, **este último debe prometer reparar cualquier pérdida resultante de su mala fe;** y, por tanto, es necesaria una garantía contra el hecho de que el esclavo haya sido dado en prenda por el comprador, o de que se le haya ordenado cometer robo o causar algún daño a aquel a quien se le entregó.
21.2 (21.1)	21. Ulpiano, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro I. (2) Pomponio también dice que a veces se debe dar garantía por ambas partes, no sólo por el pasado, sino también por el futuro; por ejemplo, cuando el comprador o su representante toma parte en defensa del esclavo que es devuelto; o cuando se inician procedimientos contra el esclavo; o cuando él mismo presenta una demanda en su propio nombre. **Además, él sostiene que se debe dar garantía cuando el comprador tiene una sentencia en su contra sin mala fe por su parte,** o realiza un pago; ya que en estos casos, es adecuado que proporcione una garantía; o cuando adquiere algo a través de los procedimientos legales que inició; **o cuando ha cometido fraude o negligencia para evitar que la propiedad llegue a sus manos, ésta debe ser entregada al vendedor al mismo tiempo.**

25.5 (21.1)	25. Ulpiano, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro I. (5) Pero, ¿y si el esclavo se hubiera **deteriorado por negligencia, pero no por fraude del comprador?** También en este caso se dictará sentencia contra él.
29-parr (21.1)	29. Pomponio, Sobre Sabino, Libro XI. Si me vendiere cosa ajena, y yo la recompro al verdadero dueño; Celsus, el hijo, dice que la opinión de Nerva no es correcta; a saber, que usted, al entablar una acción de venta, puede recuperar el precio de mí; porque tenía, por así decirlo, derecho a la propiedad, **ya que no es conforme a la buena fe que yo tenga una propiedad bajo un título que pertenece a otra persona**.
30-parr (21.1)	30. Paulus, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro I. Además, si el comprador, en una acción para la devolución de un esclavo, entra en controversia, o él mismo inicia una demanda en su propio nombre, ambas partes deben proporcionar garantía de que el vendedor pagará el monto de la sentencia emitida en su contra, **cuando no haya mala fe por su parte, y que el comprador entregará al vendedor cualquier cosa que llegue a sus manos o que, debido a su mala fe, n**o haya podido obtener a través de la acción que ha presentado en nombre del esclavo.
51-parr (21.1)	51. Africanus, Preguntas, Libro VIII. Cuando un esclavo compra a otro que está enfermo o tiene defectos, y su amo presenta una acción de compra, o una para la devolución del esclavo, se debe determinar no si el amo, sino si el esclavo estaba consciente de estos defectos, de manera que no importa si compró al esclavo para añadirlo a su peculio, o lo adquirió en nombre de su amo; o si compró a un esclavo en particular o a uno en general, por orden de su amo; **porque entonces se trata de una cuestión de buena fe, si el esclavo no fue engañado por la parte con la que realizó el negocio;** y, por otro lado, si la ofensa que el esclavo cometió al realizar el contrato debe perjudicar a su amo. Sin embargo, si el esclavo compró al subesclavo por orden de su amo, y este último sabía que estaba enfermo, el vendedor no será responsable.
62-parr (21.1)	62. Modestino, Diferencias, Libro VIII. Debe considerarse que el Edicto de los Ediles Curules no se refiere a la propiedad que es donada. ¿Por qué debería el donante obligarse a recuperar algo cuando no hay precio involucrado en la transacción? Pero ¿qué pasa si la propiedad ha sido mejorada por la parte a la que se le dio? ¿Puede el donante ser demandado por el valor de las mejoras? Se debe decir que esto no es en absoluto el caso, ya que el donante no debería sufrir una penalización debido a su generosidad. Por lo tanto, donde se regala algo, no será necesario que se den las garantías que los Ediles requieren cuando se vende una propiedad. **Es claro que el donante debe obligarse (y generalmente lo hace) con respecto al**

	fraude, para que no pueda revocar con intención fraudulenta lo que otorgó por bondad.
17-parr (21.2)	17. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXIX. Nadie duda de que un vendedor que pretenda recuperar **bienes que él mismo ha vendido puede ser impedido por una excepción por causa de fraude**, aunque haya obtenido su dominio bajo otro título; porque está tratando deshonrosamente de obtener bienes de los que ha enajenado. Además, el vendedor debe determinar si prefiere retener la propiedad mediante la suspensión del proceso por medio de una excepción; o, si ha sido privado de la propiedad, ejercer la acción de doble daño conforme a la estipulación.
20-parr (21.2)	20. Pomponio, Sobre Sabino, Libro X. Embargué un terreno que me pertenecía y después te lo vendí con la condición de que no lo gravaras. Si después te compro dicho terreno, y me otorgas una fianza que prevea la evicción, debe constar en la fianza que el terreno fue gravado por mi cuenta, **porque si no se hace esto, y empiezo una acción contra usted por este motivo puedo ser excluido por una excepción basada en el fraude.**
29.1 (21.2)	29. Pomponio, Sobre Sabino, Libro XI. (1) Cuando un estipulante de daños dobles en lugar de ser el poseedor se convierte en el reclamante y pierde su caso, si hubiera estado en posesión de la propiedad, podría haberla retenido, pero no puede legalmente entablar una demanda para recuperarla, como el promitente de daños dobles estará asegurado por ministerio de la ley, o **indudablemente puede protegerse a sí mismo por una excepción basada en el fraude**. Este, sin embargo, es el caso sólo cuando la posesión se perdió por negligencia o con el consentimiento del estipulante por daños dobles.
35-parr (21.2)	35. Paulus, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro II. Se considera que la propiedad ha sido obtenida por un acreedor mediante evicción, cuando el comprador casi ha perdido la expectativa de poseerla. Por lo tanto, donde la evicción tuvo lugar bajo la Acción Serviana, la estipulación de hecho se vuelve operativa; pero como cuando el dinero es pagado por el deudor, el comprador puede retener al esclavo cuando se libera la prenda**, si el vendedor es demandado, puede acogerse a una excepción por causa de mala fe.**
39.1 (21.2)	39. Julianus, Digest, Libro LVII. (1) Si tu esclavo comprara otro y luego lo vendiera a Titius, después de prometer el doble de su valor en caso de evicción, y tú también deberías

	estipular con el vendedor del esclavo, y Titius debería reclamar el esclavo, y habiendo entablado una demanda es derrotado sobre la base de que su esclavo no puede transferir la propiedad de otro esclavo sin su consentimiento, Titius tendría derecho a la acción Publiciana, y en esta cuenta una estipulación de daños dobles no entraría en vigor en lo que a él se refiere. **Por tanto, si demandas bajo la estipulación, puedes ser prescrito por una excepción, por mala fe, interpuesta por tu vendedor**. Sin embargo, el caso sería diferente si dicho esclavo comprara otro y, después de estipular por daños dobles, lo vendiera; porque si el comprador fuere privado de él por evicción, tendrá el dueño acción contra el vendedor para recobrar toda la suma, pero sólo tendrá acción contra el comprador hasta el punto del peculio. Además, el comprador debe notificar la evicción al esclavo y no a su amo, porque cuando se le priva del esclavo por mejor título, puede legítimamente ejercitar la acción sobre el peculio. Sin embargo, si el esclavo muere, entonces su amo debe ser notificado.
50-parr (21.2)	50. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXV. Cuando las prendas son vendidas por oficiales del Pretor, a consecuencia de juicios extraordinarios, nadie ha dicho nunca que se les debe conceder una acción por causa de evicción. **Si, sin embargo, permitieron fraudulentamente la venta de los bienes por una suma insignificante, se les concederá acción contra ellos a favor del dueño de los bienes, por causa de fraude**.
53.1 (21.2)	53. Paulus, Sobre el Edicto, Libro LXXVII. (1) Si cuando el comprador pudo haber notificado al vendedor, no lo hizo, y fue derrotado judicialmente por no haber obtenido la información que requería, **se le considerará culpable de mala fe por este motivo**, y no puede proceder bajo la estipulación.
66-parr (21.2)	66. Papiniano, Preguntas, Libro XXVIII. Si el vendedor notifica al comprador para que inicie un procedimiento bajo la Acción Publiciana o bajo la acción que se ha establecido con respecto a la tierra sujeta a impuestos, **y el comprador ha descuidado hacerlo, su mala fe sólo lo perjudicará a sí mismo y la estipulación no se volverá operativa**. Esta regla no se aplica a la Acción Serviana, porque aunque es una acción real, aun así priva a la parte de la mera posesión, y después de que el dinero ha sido pagado al vendedor, éste puede disponer de él; por lo tanto, el resultado es que el comprador no puede llevarla a cabo en su propio nombre.
73-parr (21.2)	73. Paulus, Opiniones, Libro VII. Seia entregó, a modo de dote, las propiedades de Maevian y Seian, junto con otras. Su esposo, Titius, durante la vida de Seia, mantuvo la posesión de dichos terrenos sin que surgiera ninguna disputa, pero después de la muerte de Seia, Sempronia, que era su heredero, planteó una cuestión sobre la propiedad de la tierra. Pregunto, dado que Sempronia era la heredera de Seia, ¿si ella podría

	hacer tal reclamo legalmente? Paulus respondió que podía hacerlo por derecho propio, pero que no podía, como heredera de Seia, reclamar la propiedad en cuestión; pero si la tierra fuera desalojada, el heredero de Seia podría demandar a Sempronia, **o podría ser prescrita por una excepción por mala fe.**
74.3 (21.2)	74. Hermogenianus, Epitomes of Law, Libro II. (3) Cuando alguien vende un crédito sin garantía, **sólo puede ser obligado a demostrar que existe, y no que se puede cobrar algo sobre él, pero será responsable por fraude.**
1.5 (21.3)	Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXXVI (5) **Cuando alguien compre bienes que no le fueron entregados, pero de los cuales obtuvo posesión sin fraude**, tendrá derecho a una excepción contra el vendedor, a menos que este tenga una buena razón para demandar para recuperar los bienes; porque aunque hubiera entregado la posesión, y tuviere justa causa de acción para recuperarla, podía valerse de réplica a la excepción.

22. Libro 22: Sobre las obligaciones pecuniarias.

Referencia	Cita del Digesto
1.1 (22.1)	1. Papiniano, Preguntas, Libro III. **Cuando la sentencia se dicte de buena fe**, el tipo de interés se fijará por decisión del tribunal, según la costumbre del lugar donde se celebró el contrato, siempre que la cantidad no exceda de la fijada por la ley.
3.1-3 (22.1)	3. Papiniano, Preguntas, Libro XX. (1) En procedimientos de este tipo que no están sujetos a arbitraje **y no son acciones de buena fe,** después de que se haya entablado litigio, todo lo relacionado con la propiedad por la cual se entabla la demanda debe ser entregado al demandante hasta el momento del fallo. Es cierto que la parte estará libre de responsabilidad por los beneficios después de que se haya dictado una sentencia. (2) A veces sucede que, aunque los beneficios de una finca o los intereses del dinero no estén expresamente legados, de todas formas son debidos; por ejemplo, donde alguien solicita que cualquier propiedad que le pertenezca sea dejada después de su muerte, será entregada a Titius; **ya que las disminuciones hechas de buena fe no están incluidas en este encargo**, si se han realizado disminuciones proporcionales de otras propiedades, los beneficios remanentes deben ser entregados de acuerdo con la voluntad del testador.

	(3) Pollidius, habiendo sido designado heredero de una de sus parientes femeninas, recibió la petición de ella de que entregara a la hija de la mujer, cuando alcanzara cierta edad, cualquier propiedad perteneciente a su patrimonio que pudiera llegar a sus manos; y la madre lo declaró en su testamento, decidiendo tomar esta medida para evitar que la propiedad quedara bajo el control de tutores, y que prefería que un pariente cercano tuviera el cuidado de ella. **Ella le indicó a Pollidius que retuviera cierto terreno para sí mismo, y yo le informé al Prefecto Pretoriano que todos los beneficios que Pollidius había adquirido de buena fe de la propiedad** de la difunta debían ser entregados, no sólo porque la madre le había dejado el terreno, sino también porque ella había preferido este método de crear un fideicomiso en lugar del menos confiable de la tutela.
9.1 (22.1)	9. Papiniano, Opiniones, Libro XI. (1) La estipulación de intereses opera aunque el deudor no pueda ser demandado; ni se declara nula la estipulación de interés legal cuando se hace con la condición de que será exigible si no se paga un interés menor en el tiempo señalado, porque no es una pena, sino una tasa mayor de interés que se promete por una razón lícita. Sin embargo, cuando no hubiera nadie a quien pudiera pagarse el dinero después de la muerte del acreedor, se establece que el deudor no está en mora durante ese tiempo. **Por lo tanto, si se exige una tasa de interés más alta, y se acordó en primer lugar, puede interponerse una excepción por mala fe.**
13-parr (22.1)	13. Scaevola, Opiniones, Libro I. Cuando un deudor prometió pagar un interés del seis por ciento, y durante muchos años pagó intereses a una tasa más baja, y el heredero del acreedor entabló una demanda del seis por ciento, aunque el deudor no había hecho nada para evitar el pago a la tasa más baja, **Pregunto si se puede interponer una excepción por mala fe o basada en el contrato**. Respondí que, si el deudor no hubiera estado en mora de pagar el tipo de interés más bajo, según su costumbre, por tanto tiempo, **podía interponerse una excepción conforme a los hechos expuestos.**
17.7 (22.1)	Paulus, sobre interés (7) Es bien sabido que los que son demandados por su mala administración de los fondos públicos están sujetos al pago de intereses. La misma regla se observa cuando las personas tienen cargo de obras públicas, si queda dinero en sus manos; pero con referencia a lo que hayan pagado a los contratistas, **aunque lo hayan hecho con negligencia, se les remitirán los intereses. Este es el caso, sin embargo, cuando no existe fraude, de lo contrario también se adeudarán intereses.**

21-parr & 22-parr (22.1)	21. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXIV. Debe recordarse que no todo lo que se hace por una buena razón para posponer el pago debe considerarse como incumplimiento. Porque ¿qué si el deudor quiere que estén presentes sus amigos, o que sus fiadores sean llamados al tiempo que se paga la deuda, o pretende ofrecer alguna excepción? No se sostiene que sea culpable de incumplimiento. 22. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXVII. Siempre que **no se haga con engaño con el fin de cometer fraude.**
25.1-2 (22.1)	25. Julianus, Digest, Libro VII. (1) He sembrado trigo en tierra perteneciente a otro que **Titius compró de buena fe;** ¿tendrá Titius, el comprador de buena fe, derecho a la cosecha una vez que se haya recogido? Respondí que los beneficios obtenidos de una finca deben entenderse como similares a los que los esclavos adquieren con su trabajo; ya que al recolectar los cultivos, se presta más atención a lo que los produce que a la semilla de la cual se derivan, y por lo tanto, nadie puede dudar que si siembro tu trigo en mi propia tierra, la cosecha y todo lo que se recoja de la misma me pertenecerá. **Además, un poseedor de buena fe tiene el mismo derecho a cosechar el cultivo que se concede al dueño real de la tierra.** Además, dado que los cultivos de todo tipo, sin importar quién los haya sembrado, pertenecen al usufructuario, esto se aplica mucho más a los **poseedores de buena fe** que tienen un derecho aún mejor sobre los cultivos, ya que no pertenecen al usufructuario hasta que él los haya recolectado, sino que pertenecen al **poseedor de buena fe**, independientemente de cómo hayan sido separados del suelo; igual que en el caso de una persona que posee tierras con la condición de pagar un impuesto, los cultivos se convierten en suyos en cuanto se separan del suelo. (2) Un **comprador de buena fe** sembró tierras de las cuales estaba en posesión y, antes de cosechar el cultivo, descubrió que la tierra pertenecía a otra persona. Surge la pregunta, ¿tendrá derecho a la cosecha una vez que se recoja? Respondí que un **comprador de buena fe** debe entenderse que tiene derecho a cosechar el cultivo, siempre y cuando no haya sido despojado de la tierra, ya que todo lo que un esclavo perteneciente a otro, **y que compré de buena fe**, adquiere para mí mediante mi propiedad o su propio trabajo, es mío, mientras no sea desalojado.
38.15 (22.1)	38. Paulo, Sobre Plaucio, Libro VI. (15) Las utilidades siempre deben ser entregadas en otras acciones de buena fe.
3-parr (22.3)	3. Papinianus, Opiniones, Libro IX.

	Cuando se carga un fideicomiso implícito a una parte que es nombrada heredera por una parte igual o mayor de la herencia, tanto por un primer testamento como por un segundo testamento, la prueba del cambio de intención por parte del testador recae sobre aquél contra quien se demanda. Es traído; porque a menudo un motivo de secreto induce a **los dueños de bienes a nombrar herederos a personas en cuya buena fe tienen confianza**.
18.1 (22.3)	18. Ulpiano, Disputas, Libro VI. (1) Cuando alguien alegue que se ha cometido algún acto fraudulento, debe probar el fraude, aunque haya hecho esta declaración en una excepción.
25-parr (22.3)	25. Paulus, Preguntas, Libro III. Cuando surge una pregunta con referencia a dinero que no se debe, ¿quién debe probarlo? Debe ajustarse el asunto de modo que si el que dice haber recibido los bienes niega que el dinero no se debe, y el que lo pagó prueba su pago con prueba competente, entonces el que niega absolutamente que recibió el dinero, si desea ser oído, debe ser obligado a presentar pruebas de que el dinero se le debía legalmente; porque sería absurdo que el que en un principio negó haber recibido el dinero, y después se demostró que lo había recibido, pidiera a su adversario prueba de que no se lo debía. Pero si, en primer lugar, el demandante reconoce que ha recibido el dinero, pero afirma que se le debe, la presunción indudablemente estará a favor de la parte que lo recibió**, porque el que paga nunca es tan negligente como para tirar su dinero sin dudarlo y pagarlo cuando no se debe; y esto es especialmente el caso cuando el que alega haber pagado lo que no debía es el cabeza de familia diligente y cuidadoso, porque es increíble que una persona de este tipo se deje engañar tan fácilmente**. Por tanto, el que alegare haber pagado dinero que no se le debía, estará obligado a probar que dicho dinero fue pagado por fraude del que lo recibió, o por alguna justa causa de ignorancia, y a menos que pruebe esto no tendrá derecho a recuperarlo.

23. Libro 23: Sobre las obligaciones derivadas de contratos especiales.

Referencia	Cita del Digesto
67.1 (23.1)	67. Trifonino, Disputas, Libro IX. (1) Hay un punto con referencia al cual pueden surgir dudas; por ejemplo, cuando un abuelo está administrando la tutela de su nieta nacida de un hijo emancipado, ¿puede darla en matrimonio a un nieto de otro hijo, ya sea que esté emancipado o aún permanezca bajo su control, como su afecto por ambos? ¿**Se eliminará cualquier sospecha de fraude**? Aunque el Decreto del Senado, en su interpretación estricta, se aplica a toda clase de tutores, sin embargo, en

	consideración al gran afecto que le tiene un abuelo, debe permitirse un matrimonio de esta clase.
12.1 (23.3)	12. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXXIV. (1) Cuando una mujer afirma que ha sido **engañada** en la tasación de su propiedad porque es demasiado baja; como, por ejemplo, si ha sido **engañada** con respecto al valor de un esclavo que ha dado, debe determinarse si ha sido aprovechada en la entrega del esclavo, en cuyo caso el esclavo debe ser devuelto a ella; o si ha sido **defraudada** en la tasación, ya que, si sólo fue engañada en la tasación, el marido tendrá la opción de si prefiere pagarle el valor real del esclavo o entregarle el esclavo él mismo. Esta regla se aplica si el esclavo está vivo, pero si está muerto, Marcelo dice que el marido debe pagar su valor, no su verdadero valor sino el que se estableció por su tasación, porque la mujer debería congratularse de que el esclavo fue tasado. Sin embargo, cuando la mujer simplemente da al esclavo, no hay duda de que el riesgo recae sobre ella, y no sobre el marido; y Marcelo sostiene la misma opinión cuando un menor ha sido engañado. Es evidente que si la esposa tiene un comprador que está dispuesto a pagar un precio justo, entonces debe decirse que se debe hacer una tasación adecuada; y Marcelo afirma que esto sólo debe hacerse cuando la esposa es menor de edad. Sin embargo, **Scaevola sostiene con respecto al marido que, si hay mala fe de su parte, se debe hacer una tasación justa,** y creo que lo que dice Scaevola es perfectamente correcto.
29-parr (23.3)	29. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXXVI. Cuando un padre promete una dote para su hija y la lega, si se la deja a su marido, ¿debe considerarse si el legado es válido o no? No creo que sea válido, porque cuando un deudor lega a un acreedor lo que le debe, el legado es nulo. Pero si hace el legado a su hija, el legado es válido, porque la dote se debía al marido a causa de la promesa, y el legado se debía a la hija. Si la hija probare que el testador pretendió duplicar el legado, tendrá derecho tanto a la dote que su marido tenga derecho a cobrar como al legado a cuenta del legado. Pero si el testador pretendió que ella tuviera uno u otro de estos, y la mujer reclamare el legado**, y hubiere excepción de mala fe**, el heredero no estará obligado a pagarle el legado, a menos que ella lo indemnizó, por este motivo contra su marido iniciando una acción basada en la promesa hecha. Sin embargo, cuando el marido inicia un proceso, no será necesario que indemnice al heredero, pero si la mujer entabla una acción después de él, puede ser prescrita por una excepción porque la dote ya ha sido pagada.
50-parr (23.3)	50. Africanus, Preguntas, Libro VIII. Una mujer dio una extensión de tierra como su dote y, habiéndose producido el divorcio, volvió a su marido y acordó con él que debería recibir diez aurei como dote y devolverle la tierra. Se pagaron los diez aurei, pero ella murió durante el

	matrimonio antes de que se le devolviera la tierra. **Se trata de un asunto de buena fe y, en cumplimiento del contrato**, la tierra puede recuperarse, ya que la tenía el marido sin contraprestación alguna.
69.7 (23.3)	69. Papiniano, Opiniones, Libro IV. (7) Cuando se disuelva un matrimonio y deban devolverse bienes tasados y dados en dote, se deberá indicar el monto, pero no se contratará la venta. Por lo tanto, **cuando la propiedad fuere desalojada, si la mujer la dio de buena fe, su marido no tendrá derecho de acción; de lo contrario, será responsable de fraude.**
72.1 (23.3)	72. La misma, Opiniones, Libro VIII. Una mujer dio todos sus bienes como dote. Pregunto si su marido, como su heredero, está obligado a hacerse cargo de las deudas de su patrimonio. Paulus responde que cuando alguien retiene todos los bienes de una mujer a causa de una obligación dotal, no puede ser demandado por los acreedores de ella, sino que la promesa de la propiedad sólo se aplica a lo que queda después de deducidas las deudas. (1) Paulus sostiene con referencia a la propiedad dotal, **que incluso el padre del esposo es responsable por fraude y negligencia.**
85-parr (23.3)	85. Scaevola, Compendio, Libro VIII. Un padre dio una extensión de tierra como dote para una hija y, al morir, dejó a la hija como única heredera de su patrimonio. Ella, presionada por los acreedores, decidió que más le valía vender el terreno que había dado en dote, porque era menos productivo, y quedarse con los demás terrenos de la hacienda, porque rendían un ingreso mayor. **El marido dio su consentimiento a esto, siempre que no hubiera fraude en la transacción**. Pregunto si esa parte de la dote que estaba incluida en esta extensión de tierra podría transferirse legalmente a la mujer durante el matrimonio. La respuesta fue que sí podía serlo, si el precio del mismo se pagaba a un acreedor.

24. Libro 24: Sobre las obligaciones derivadas de los delitos.

Referencia	Cita del Digesto
7.6 (24.1)	7. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXXI. (6) Cuando una mujer compra a su marido tierras que ha recibido como garantía de la devolución de su dote, y se dice que dicha compra se ha hecho con el fin de beneficiarla, la transacción será nula. Pero nuestro Emperador y su padre declararon en un Rescripto que la obligación de prenda seguirá existiendo. Doy las palabras de este Rescripto para que se establezca **que una venta de buena**

	fe hecha entre marido y mujer no puede ser anulada. "Si tu esposo te vendió las prendas dadas para asegurar tu dote y el dinero que le había sido prestado, sin el propósito de beneficiarte, y la transacción se concluyó de buena fe, será válida. Pero si se prueba que esto fue sólo se hace bajo pretexto de hacer una donación, y en consecuencia la venta se tendrá por nula, quedando vuestro derecho sobre los bienes dados en prenda intacto por el derecho público".
32.5 (24.1)	"Ulpiano, sobre Sabinus, Libro XXXIII." Si un esposo pone en prenda la propiedad que había donado, podemos inclinarnos a pensar que ha cambiado de opinión, aunque aún retenga la propiedad. Sin embargo, ¿qué curso de acción se debe seguir si su intención era que la donación continuara existiendo? Supongamos que la propiedad permaneció en posesión de la mujer bajo un título precario, y que ella estaba dispuesta a satisfacer al acreedor. En ese caso, se debe considerar que la donación es válida**. Si el esposo dio la propiedad a la mujer en primer lugar con esta intención, diría que la donación es válida, de modo que si la mujer estaba preparada para satisfacer al acreedor, ella tendrá derecho a una excepción basada en la mala fe; y, además, si ella paga la deuda, puede, mediante una excepción basada en la mala fe, hacer que el derecho de acción del acreedor se le ceda a ella.**
37-parr (24.1)	37. Julianus, Digest, Libro XVII. Cuando una mujer cometió fraude para impedir la conservación de los bienes que su marido le había dado, o para evitar su presentación ante los tribunales, **él puede entablar una acción contra ella por los daños cometidos, si lo hizo después de haberse producido el divorcio**.
39-parr (24.1)	39. Juliano, Sobre Minicio, Libro V. Un esposo que deseaba dar una suma de dinero a su esposa, le permitió hacer una estipulación con su deudor. Así lo hizo, pero antes de haber recibido el dinero, se divorció de su marido. Pregunto si éste puede recuperar todo el importe, o si una acción basada en la promesa será nula a causa de la donación. Respondí que la estipulación quedará sin efecto. Pero si el promitente, no conociendo los hechos, pagare a la mujer, y el dinero no se ha gastado, el deudor puede recuperarlo. **Pero cuando esté dispuesto a ceder sus derechos de acción al marido, estará protegido por una excepción por causa de fraude, y por tanto el marido puede recuperar este dinero por una acción en nombre del deudor. Sin embargo, si el dinero no existe y la mujer se ha enriquecido a causa de él, el marido puede reclamarlo; porque se entiende que la mujer se ha enriquecido más por haber recibido bienes del marido, ya que el deudor puede protegerse con una excepción por causa de fraude**.
4-parr (24.3)	4. Pomponio, Sobre Sabino, Libro XV.

	Cuando un padre cobra una dote del marido de la hija sin su consentimiento, y se la da a su segundo marido en su nombre, y habiendo muerto el padre, la hija inicia una acción contra su primer marido, **será impedida por un excepción por motivo de fraude.**
9-parr (24.3)	9. Pomponio, Sobre Sabino, Libro XIV. Si la mujer faltare a recibir su dote, **su marido sólo será responsable por la mala fe, y no por la negligencia en lo que se refiere a la cosa**, para no verse obligado por el hecho de su mujer a cultivar su tierra indefinidamente; pero las cosechas que han llegado a manos del marido deben ser entregadas.
17.2 (24.3)	17. Paulo, Sobre Sabino, Libro VII. (2) Neratius y Sabinus sostienen que cuando, en una acción sobre la dote, un juez, por ignorancia de la ley, dicta una decisión contra un esposo por la totalidad del monto, **puede hacer uso de una excepción por causa de fraude**, y que será protegido por ella.
18.1 (24.3)	18. Pomponius, On Sabinus, Book XVI. (1) Aunque en asuntos relacionados con la dote, **un esposo no sólo es responsable por fraude sino también por negligencia**; **sin embargo, cuando en una acción por la dote se investiga su capacidad pecuniaria, sólo se tiene en cuenta el fraude, porque en la administración de sus propios asuntos no es responsable por negligencia**. Pienso que aunque el fraude sólo puede afectarlo si no es solvente, esto se aplica únicamente a su incapacidad para pagar la cantidad adeudada a su esposa, y no al fraude del que pueda haber sido culpable hacia cualquier otra persona. **Ofilio, sin embargo, sostiene que si el patrimonio dotal se pierde debido a la mala fe del esposo, y él está en otros aspectos insolvente, aunque no haya cometido fraude para volverse insolvente, aún así se debe dictar sentencia en su contra únicamente por la cantidad del patrimonio dotal con respecto al cual ha actuado con fraude; tal como si hubiera sido por mala fe que se haya vuelto pecuniariamente responsable**. Sin embargo, si el esposo no fue culpable ni de fraude ni de negligencia con respecto a la pérdida del patrimonio dotal, sólo se deben asignar a su esposa aquellos derechos de acción a los cuales el esposo tendría derecho en este caso; como, por ejemplo, aquellos por robo o daño ilegal.
21-parr (24.3)	21. Ulpiano, Disputas, Libro III. Cuando un esposo ha gastado dinero perteneciente a la dote para rescatar de ladrones a esclavos necesarios para el servicio de su esposa, o para que la mujer libere de prisión a uno de sus esclavos necesarios, él será responsable por lo que ha sido gastado; y si sólo se ha utilizado una parte de la dote, él será responsable por esa porción, pero si toda ha sido consumida, la acción de la dote se extinguirá. Esta regla se aplica con mucha más fuerza cuando un suegro presenta una acción sobre la dote, pues una acción debe ser concedida por lo que ha sido gastado en beneficio suyo, ya sea que el esposo lo haya hecho

	personalmente o que le haya dado el dinero a la hija para que ella lo haga. Sin embargo, si el padre no inicia el procedimiento, sino que después de su muerte, su hija sola presenta una acción para recuperar su dote, se debe sostener que la misma regla se aplicará; **ya que como una excepción basada en el fraude está incluida en una acción de dote, como en otras acciones de buena fe**; podría decirse (como también sostiene Celso) que este gasto está incluido en una acción de dote, especialmente si se incurrió con el consentimiento de la hija.
49.1 (24.3)	49. Paulus, Opiniones, Libro VII. Maevia, entre otros bienes que formaban parte de su dote, también entregó a su esposo un instrumento que exigía diez sólidos, el cual había sido otorgado por un tal Otacilio en favor de la mencionada Maevia, declarando que le daría diez mil sólidos cuando ella se casara; y el esposo no presentó ninguna reclamación sobre esta obligación porque no podía hacerlo. La pregunta surgió si se debía exigir la dote al esposo y si también se le podía obligar a reembolsar la suma que estaba incluida en dicha obligación. Yo respondí que el esposo podía demandar al deudor, ya que los derechos de acción de su esposa le habían sido transferidos**, pero que si no podía reclamar el dinero sin incurrir en mala fe o negligencia, entonces no se le podía demandar ni por la dote ni en una acción por mandato.** (1) Un terreno, después de haber sido tasado y entregado como dote, fue tomado por un acreedor anterior debido a que había sido empeñado. Surgió la pregunta de si la mujer, en caso de reclamar el valor de la dote a su esposo, debería ser excluida mediante una excepción; ya que se sostiene que ella no está obligada, porque su padre le dio la dote para ella misma y ella no era su heredera. **Paulo respondió que si el terreno fue evicto sin que existiera mala fe o negligencia por parte del esposo, este último podía oponer una excepción por fraude contra la mujer, reclamando el monto de la dote, ya que evidentemente sería injusto que ella recuperara el valor del terreno, ya que el fraude del padre solo debería perjudicar a la hija misma**.

25. Libro 25: Sobre las obligaciones derivadas de los cuasidelitos.

Referencia	Cita del Digesto
22-parr (25.1)	22. Julianus, Digest, Libro XIX. Si un hombre inicia una acción contra su esposa por razón de propiedad indebidamente apropiada por ella, y la valoración de la misma se hace en el tribunal y se paga el monto, ¿tendrá ella derecho a entablar una demanda para recuperar la posesión de la propiedad? si ella lo ha perdido? **Surge aquí una**

	dificultad, porque ella obtuvo la posesión por fraude. Respondí que cuando alguien paga la cantidad de la tasación de la propiedad en juicio, debe considerarse que ocupa el lugar de un comprador. Por tanto, si la mujer contra la que se ha ejercitado una acción por bienes indebidamente apropiados, paga en juicio el valor de tasación de los mismos, tendrá derecho a excepción contra el marido, o su heredero, si alguno de ellos trajere demanda para recuperar dichos bienes; y si ha perdido la posesión de los mismos, se le debe conceder una acción real.
20.2 (25.2)	20. Marcelo, Compendio, Libro VII. Cuando la mujer sustrajere por sí misma, o se valiere de los servicios del ladrón para sustraer bienes **que su marido compró de buena fe,** y lo hiciere con la intención de obtener el divorcio, se dictará sentencia contra ella en acción de recuperación de bienes indebidamente apropiados.
2.1 (25.4)	2. Julianus, Digest, Libro XXIV. El Edicto que se refiere a la inspección de mujeres embarazadas está en conflicto con el otorgado de conformidad con las disposiciones del Decreto Carboniano. (1) A veces, sin embargo, el Pretor debe prescindir de estas formalidades, donde no se hace el examen de la mujer, o no se vigila su parto, **y esto ocurre no por su malicia sino por su ignorancia.**
2.1 (25.5)	2. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXVII. Actúa **dolosamente** la mujer que no impide que otro obtenga la posesión; o con el fin de **defraudar** a alguien, pone en posesión de otro clandestinamente, y por medio de algún **artificio**. (1) **Si se prueba que el padre y la hija han cometido fraude**, se puede entablar una acción contra cualquiera de ellos a quien el demandante elija; porque se concede a favor del interesado. Por tanto, puede recobrar lo que haya perdido de la mujer que está bajo la patria potestad, pero esta acción no estará a su disposición más allá de los gastos en que incurra la prosecución de la causa.

26. Libro 26: Sobre el derecho de las naciones.

Referencia	Cita del Digesto
2.1 (26.6)	2. Modestino, Excusas, Libro I.

	(1) Por lo tanto, los extraños pueden pedir voluntariamente el nombramiento de tutores, pero hay ciertas personas que están obligadas a solicitarlo; como, por ejemplo, la madre y los libertos, porque los primeros sufrirían pérdida, y los segundos estarían sujetos a pena, si no pidieran el nombramiento de los que pueden actuar como defensores conforme a la ley. Porque la madre quedaría excluida de la legítima sucesión de su hijo, por no haberle hecho nombrar tutor, se consideraría indigna de heredar legalmente sus bienes. Y no sólo sería así si ella no pidiera el nombramiento en absoluto, o si, simplemente para satisfacer los requisitos de la ley, pidiera el nombramiento de alguien que puede ser despedido, y luego debería ser despedido. o eliminado; y no pidió entonces el nombramiento de otro, ni buscó intencionadamente el nombramiento de personas de mala conducta. **Además, pueden ser castigados los libertos que por esta causa sean acusados ante el Gobernador, si resultare que por negligencia o malicia no pidieron el nombramiento de tutor**.
5.6 (26.7)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXV. (6) Si, después de que el menor haya cumplido veinticinco años, no se han rendido cuentas, ni se han producido los documentos relativos a una acción ya iniciada**, se trata de la buena fe y probidad de los curadores para proceder con la acción,** instituido por su consejo. Por tanto, si no atienden a estas cosas que se les exigen, creo que la mejor opinión es que bastará un juicio basado en la agencia voluntaria, aunque haya expirado el tiempo de la curaduría; siempre que no se haya dado cuenta de este asunto.
5.7 (26.7)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXV. (7) Juliano propone lo siguiente en el Libro Vigésimo Primero del Compendio. Cierto hombre, a su muerte, nombró tutores para sus hijos, y añadió: "Y deseo que no se les pida que rindan cuenta". **Julianus dice que estos tutores deben ser considerados responsables, a menos que hayan mostrado buena fe en la administración de su confianza**, aunque se estableció en el testamento que no deberían ser responsables; ni, como dice Juliano, nadie debe ser procesado por este motivo a causa del fideicomiso. Y esta opinión es correcta, porque nadie puede por medio de disposiciones de esta descripción liberar a otro de la aplicación de la ley pública, o cambiar la forma establecida en los tiempos antiguos. Cualquiera, sin embargo, puede legar a otro, o dejarle por medio de un fideicomiso, una indemnización por algún mal que haya sufrido a causa de la tutela.
12.1 (26.7)	12. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXXVIII. (1) De acuerdo con los Rescriptos de Trajano y Adriano, **la transacción de todos los negocios por parte de un tutor de buena fe debe ser ratificada**. Por lo tanto, el pupilo no puede entablar acción para recobrar los bienes vendidos legalmente por su tutor, porque no debe beneficiar al pupilo si no se aprueba la administración de los bienes, porque en tales circunstancias nadie compraría cualquier cosa. **Tampoco importa que el tutor sea solvente o no,**

	porque si el negocio fuere de buena fe, debe aprobarse; pero si fue fraudulento, la transferencia no será válida.
19-parr (26.7)	19. Ulpiano, Opiniones, Libro I. El curador no está obligado a dar cuenta de sus actos a su socio, pero si no comparte con él la administración **o no cumple con su encargo de buena fe, puede ser denunciado como sospechoso.**
5.3 (26.8)	5. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XL. (3) Si el tutor comprare bienes de su pupilo por interposición de un tercero, la compra hecha en tales circunstancias será nula, porque la transacción no parece haberse realizado de buena fe. Esto también fue declarado en un Rescripto por los Divinos Severo y Antonino.
5.4 (26.8)	5. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XL. (4) Si, sin embargo, hiciere la compra abiertamente, y diere otro nombre, **no con fraude,** sino sin encubrir, como suelen hacer las personas de rango que no quieren que sus nombres aparezcan en los registros, la compra será válida. **Pero si hace la compra con astucia,** será lo mismo que si la hubiera hecho por medio de otra persona.
9.2 (26.8)	Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro XII (2) Cuando un pupilo, por cualquier motivo, hace un pago sin la autorización de su tutor, su acto es nulo, porque no puede transferir la propiedad de nada. Sin embargo, **cuando el acreedor, de buena fe, gaste el dinero reembolsado por el pupilo, éste quedará liberado**.
1-parr (26.9)	1. Pomponio, Sobre Sabino, Libro XXIX. Aristo dice que un pupilo que está en **posesión puede ser juzgado contra él por el fraude o la negligencia de su tutor; pero no creo que los daños deban fijarse en la cantidad que el demandante jurará en la corte**. Sin embargo, este sería el caso si el pupilo puede recuperar el valor de la propiedad de su tutor.
3-parr (26.9)	3. Papiniano, Preguntas, Libro XX. **Los actos fraudulentos de los tutores no pueden perjudicar ni beneficiar a sus pupilos**. Cuando se dice comúnmente que el fraude del tutor no puede perjudicar al tutelado, se entiende en caso de que éste no se beneficie pecuniariamente de **la conducta dolosa del tutor**. Por lo cual Sabino sostiene muy razonablemente que el pupilo puede ser demandado en acción tributaria por fraude cometido por su tutor; por ejemplo, si favoreciera el interés de su pupilo por medio de una distribución injusta de la propiedad. La misma regla se aplica en la acción de depósito, y también en la de reivindicación de

	herencia, **siempre que se pruebe que lo que el demandante perdió por fraude del tutor fue abonado en la cuenta del pupilo**.
3.5 (26.10)	3. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXV. (5) Consideremos ahora por qué razones se puede remover a los tutores sospechosos. **Y debe notarse que es lícito acusar a un tutor de ser sospechoso, si por haber cometido fraude durante su tutela, descuidó sus deberes, o actuó vilmente, o de cualquier manera lesiva a su pupilo; o, mientras administraba el fideicomiso, se apropió indebidamente de cualquiera de los bienes del primero**. Sin embargo, si ha hecho alguna cosa de este tipo antes de asumir el cargo, aunque se refiriera a los bienes del pupilo o a la gestión de la tutela, no se le puede acusar de sospechoso, porque el delito tuvo lugar antes de su cargo. Por lo tanto, si hubiere sustraído alguno de los bienes del pupilo antes de convertirse en su tutor, debe ser acusado del delito de hurto de la herencia, en caso contrario de hurto.
3.11 (26.10)	3. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXV. (11) Cuando una parte que fue nombrada curador de un niño por nacer, o de una propiedad desocupada, **fue culpable de una conducta dolosa** y luego se convierte en el tutor de dicho niño, ¿**hay alguna duda de que puede ser acusado de sospecha en razón de del fraude que cometió durante su curaduría**? Si, en efecto, tuviere compañeros de tutela, no podrá ser acusado, por cuanto se le podrá entablar acción, pero si no los tuviere, podrá ser destituido de su cargo.
3.15 (26.10)	3. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXV. (15) Si, sin embargo, no se oculta, sino que, estando presente, contiende que no se puede dictar ningún decreto contra él, porque los pupilos son pobres; y si después de nombrados abogados para el tutelado, el tutor es condenado por falsedad, debe ser enviado ante el Prefecto de la Ciudad**; ni importa si alguno lo hace para que él mismo sea nombrado tutor por medio de un examen fraudulento, o si, habiendo sido nombrado de buena fe, pretende saquear los bienes de otro**. Por tanto, no debe ser removido por sospecha, sino enviado al magistrado para que sufra la pena que ordinariamente se impone a los que compran una tutela, por haber corrompido a los oficiales del pretor.
3.17 (26.10)	3. Ulpiano, Del Edicto, Libro XXXV. (17) Puede ser acusado de sospechoso el tutor que, sin la debida consideración o **mediante fraude**, induce a su pupilo a rechazar una herencia.
4.4 (26.10)	4. Ulpiano, Sobre Todos Los Tribunales, Libro I.

	(4) Quienes no hayan administrado ninguno de los asuntos del fideicomiso no pueden ser acusados de sospechosos; sin embargo, pueden ser removidos por ociosidad, **negligencia o fraude, si han actuado deshonestamente**.
12-parr (26.10)	12. Julius Aquila, Opiniones. **En una investigación de sospecha** no hay nada en los hechos declarados por los que un curador pueda impedir que el pretor se sirva de un esclavo de la tutela **para descubrir el fraude del curador**.

27. Libro 27: Sobre el derecho civil.

Referencia	(Cita del Digesto
6.18 (27.1)	6. Modestino, Excusas, Libro II. (18) Además, cualquiera puede ser relevado de los deberes de tutela cuando se cuestione el estado del pupilo, **y resulte que no se hizo por malicia, sino por motivos de buena fe**. Esta regla fue promulgada por los Divinos Marcus y Severus.
13.7 (27.1)	13. Modestino, Excusas, Libro IV. (7) Cuando alguien, por enfermedad o cualquier otra necesidad (por ejemplo, a causa de los peligros del mar, o la severidad del invierno, o los ataques de ladrones, o cualquier otro impedimento similar), **no puede comparecer dentro del tiempo prescrito, se le debe conceder indulgencia, ya que su buena fe está suficientemente acreditada por la justicia natural**; como establece la Constitución de los emperadores Severo y Antonino.
28.1 (27.1)	28. Papinianus, Opiniones, Libro V. (1) En los casos en los que **un padre deja propiedad a los tutores como recompensa por su buena fe,** se ha establecido que los herederos, incluso si no tienen parentesco, pueden retener la propiedad después de que los tutores hayan sido relevados de sus funciones. Sin embargo, este principio no se aplica a un hijo que ha sido designado coheredero y tutor de su hermano menor por su padre. En esta situación, el hijo tiene derecho a la herencia de su padre no en su capacidad de tutor, sino debido a su relación familiar.
37.1 (27.1)	37. Scaevola, Opiniones, Libro II. (1) También pregunto, si el tutor está de acuerdo con el decreto, si se puede conceder una acción equitativa contra él, por la razón de que no tramitó el negocio de la tutela. Respondí que si no administraba la tutela, más bien por error, **porque alegaba que estaba legalmente exento por razón de sus tres**

	hijos y pensaba que debía ser excusado, y no por malicia, no debía concederse acción equitativa.
1-parr (27.3)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXVI. En esta acción el tutor debe dar cuenta de todo lo que hizo, de todo acto que no debió haber cometido, así como de los que dejó de hacer; **y será responsable de la malicia, negligencia y falta de la diligencia que emplearía en sus propios asuntos.**
1.14 (27.3)	**1.** Ulpianus, On the Edict, Book XXXVI**.** (14) Es evidente que cuando un tutor, que **ha sido demandado por fraude cometido por él mismo y sus colegas tutores,** realiza el pago, los derechos de acción no deben ser cedidos, ni procederá una acción pretoria, ya que está sufriendo la pena por su propia ofensa, **lo cual lo hace indigno de recuperar algo de los demás participantes en el fraude.** En la ley no se reconoce ninguna asociación de malhechores, ni puede surgir ninguna contribución legal por daños a raíz de la comisión de un delito.
6-parr (27.3)	6. La misma, Del Edicto, Libro XXXI. Cuando un hijo bajo la patria potestad ha administrado una tutela y, después de haber sido liberado, **es culpable de conducta dolosa**; surge la cuestión de si una acción de tutela por este motivo recaerá contra el padre. Es justo que el padre **sólo responda del fraude de su hijo cuando** éste lo cometió antes de emanciparse.
18-parr (27.3)	18. Papiniano, Preguntas, Libro XXV. Cuando un tutor que está administrando los asuntos de un pupilo que aún no ha alcanzado la pubertad lo induce a rechazar la herencia de su padre, generalmente surge una discusión sobre si una acción equitativa puede otorgar un pupilo después de que se hayan vendido los bienes de su padre. Se sostiene que la acción debe dividirse entre el pupilo y los acreedores del padre, de tal manera que cualquier deficiencia en la cuenta de los bienes por mandato del tutor se resarzará al acreedor. **Pero cualquier pérdida que haya sobrevenido, ya sea por el fraude o la negligencia del tutor al hacer que su pupilo rechace indebidamente la herencia, se dejará al niño para que la recupere mediante una acción.** Indudablemente, la acción antes mencionada no radicará antes de que el pupilo haya llegado a la pubertad, sino que se concede de inmediato a los acreedores.
4-parr (27.5)	4. Pomponio, Sobre Quinto Mucio, Libro XVI.

	El que tramite negocios como tutor interino debe mostrar la misma buena fe y diligencia que un tutor real.
2-parr (27.6)	2. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XII. "Si el pupilo ignora que su tutor no es genuino", sostiene Labeo que esto se **aplica cuando el pupilo ha sido informado del hecho y de buena fe se negó a creerlo.**
7.1 (27.6)	7. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XII. (1) Un tutor no siempre puede ser demandado, **ni es suficiente que haya autorizado una transacción a sabiendas, sino que también debe haber actuado de mala fe.** ¿Cuál sería el resultado si se le obligara a conceder su autoridad, o se le indujera a hacerlo por miedo? ¿No debería ser excusado en tales circunstancias?
9-parr (27.6)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XII. Con referencia a esta acción, Pomponio afirma en el Libro Trigésimo Primero que **puede concederse contra cualquiera que actúe de mala fe, para inducir a otro, que ignora el hecho**, a autorizar una transacción por su pupilo.
11.4 (27.6)	11. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXV. (4) Juliano piensa, sin embargo, que si la hija muriera antes de cumplir los doce años, después de haber recibido su dote, **y el que tenía derecho a ella hubiera actuado de mala fe, el marido puede ser impedido por una excepción en la causa de dolo cuando demande la dote**, en los casos en que se hubiera beneficiado en todo o en parte de ella, si el matrimonio hubiera sido válido.
8.1 (27.7)	8. Paulus, Opiniones, Libro IX. No serán responsables de **mala fe ni de negligencia** los herederos de una persona que no fuere regularmente nombrada tutor o curador, y no asumió la administración del fideicomiso. (1) Paulus es de la opinión de que una acción de este tipo debe ejercitarse contra el heredero de un tutor, tal como el difunto habría estado sujeto a ella. Esto es aplicable en la medida en que el heredero no será excusado si alega que no ha encontrado los documentos relativos a la tutela; **porque como el heredero en todas las acciones de buena fe responde de la mala fe del difunto, pienso que la misma regla debe observarse en la acción de tutela.** Sin embargo, las constituciones imperiales conceden alivio a causa de la ignorancia de los herederos. Esta regla debe observarse también cuando se demanda a un heredero después de la muerte del tutor, pero no cuando murió después de

	juntarse la sucesión; porque por la acumulación de la emisión se transmiten las acciones penales a favor y en contra de los herederos de ambas partes, y se perpetúan los derechos de acción ordinariamente extinguidos por el tiempo.
7-parr (27.8)	7. Celsus, Digest, Libro XI. Solicito que tome nota cuidadosa en el caso de los magistrados que han designado a un tutor, si se debe otorgar una demanda en contra de ellos por igual cantidad, o si será opcional para el pupilo demandar a cualquiera de ellos que elija. **La respuesta fue que si los magistrados han actuado fraudulentamente, de manera que no se haya proporcionado suficiente garantía al pupilo, este tendrá derecho a una demanda por el monto total contra cualquiera de ellos que elija; pero si esto ocurrió simplemente debido a su negligencia y no fue resultado de mala fe**, creo que sería más equitativo que cada uno de ellos sea demandado por su propia parte, siempre que de esta manera se preserve la propiedad del pupilo.
5.2 (27.9)	5. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXV. (2) Cuando el pupilo posea, **de buena fe**, tierra que pertenece a otro, creo que debe sostenerse que sus tutores no pueden enajenarla; porque cuando se vende algo que parece pertenecer a un pupilo, la venta no será válida.
9-parr (27.9)	9. Ulpiano, Opiniones, Libro V. Aunque un ex Gobernador haya autorizado la venta de terrenos pertenecientes a un pupilo, y su tutor deba luego comprarlos para sí, por medio de otro comprador; sin embargo, **si el sucesor de dicho Gobernador comprobare que el tutor ha cometido dolo y mala fe en violación del Decreto del Senado, debe determinar en qué medida ha de castigar tal acto doloso, a modo de ejemplo**.

28. Libro 28: Sobre las constituciones imperiales.

Referencia	Cita del Digesto
43.3 (28.6)	43. Paulus, Preguntas, Libro IX. (3) Julius Longinus, un padre, sustituyó a sus hijos por los herederos que él mismo había designado de la siguiente manera: "El que sea mi heredero". Uno de los herederos designados había convenido tácitamente en dar una parte de lo recibido a una persona que no estaba en condiciones de tomarla, habiendo sido admitida a la sustitución del hijo menor de la pubertad; qué parte le ha de ser lícito tener, la para que fue nombrado, o la que tomó, para que se le aumente la parte en la sustitución. **Respondí que el que consiente en fraude contra la ley, entrando en una herencia, se hace heredero, y no deja de serlo aunque sea privado de los bienes que le quedan en tales circunstancias**. Por lo tanto,

	no puede ser heredero por la sustitución pupilar más que de la parte a que fue designado, pues está suficientemente castigado por lo que hizo contra la ley; y, en verdad, lo mismo diría aunque dejara de ser heredero. La misma regla debe entenderse aplicable a cualquiera que, después de haber sido nombrado heredero y entrado en la herencia, es reducido a la esclavitud, y luego se le presenta su libertad, a quien se le permite ser admitido a la sustitución que le deje la ley. la voluntad; porque aunque haya perdido la herencia a que tenía derecho por su nombramiento como heredero, no obstante, en virtud de la sustitución, puede recibir la misma parte que perdió.

29. Libro 29: Sobre la Ley Juliania de Citaciones.

Referencia	Cita del Digesto
44-parr (29.2)	44. Julianus, Compendio, Libro XLVII. Siempre que un menor sea heredero de su padre, y se niegue a aceptar su herencia, aunque los bienes del difunto pasen a manos de sus acreedores, no obstante, deberá confirmarse lo que el menor haya hecho de buena fe. Por lo tanto, si alguno comprare un terreno de un pupilo, con el consentimiento de su tutor, se le debe conceder el alivio; y no importa si el pupilo es solvente o no.
2.6 (29.3)	2. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro L. (6) El Pretor no permite que la fecha del testamento o el nombre del Cónsul bajo cuya administración fue redactado sea copiado o examinado, **para evitar la oportunidad de fraude;** porque incluso el examen de estos puede proporcionar material **para la perpetración de falsificación.**
1.11 & 12 (29.4)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro L. (11) **Se considera que ha actuado de mala fe para evitar estar en la posesión, el que de manera fraudulenta transfiere la posesión a otra persona,** para que los legatarios y otros que hayan recibido algo en testamento puedan ser privados de lo que les fue legado. . (12) **Se preguntó si no debe considerarse de mala fe a quien, para evitar estar en posesión, la renuncia fraudulentamente después de haberla tenido por algún tiempo; o si también es responsable quien lo hizo maliciosamente para evitar obtener la posesión en primer lugar**. Labeo dice que le parece que no es menos culpable el que evitó obtener la posesión en primer lugar que el que dolosamente la renunció, después de haberla obtenido. Esta es una opinión predominante.

12.1 (29.4)	12. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro L. (1) Se establece que el heredero de cualquiera que haya renunciado a sus derechos en testamento para obtener la posesión de la herencia por intestado, está obligado en la acción ejercida por los legatarios a recuperar la totalidad del importe; porque el proceso más se refiere a la recuperación de la propiedad que a la pena, y por lo tanto la acción es perpetua. **Pero esto no sucederá si el heredero es demandado por la mala fe del difunto, pues entonces se le puede demandar por los bienes que llegaron a sus manos**.
3.22 & 23(29.5)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro L. (22) Y si conociendo la muerte del testador, **pero no abre el testamento de mala fe, t**ampoco será responsable, o si lo hace por inexperiencia, o por rusticidad no sabe de la existencia del Edicto del Pretor, o del Decreto del Senado. (23) Si alguien no abre un testamento de la manera ordinaria, sino que corta el cordón con el que está atado, **será excusado, porque no es culpable de mala fe** quien no abre el testamento mismo.
1.2 (29.6)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XLVIII. (2) Cuando se han nombrado varios herederos, y **todos ellos son culpables de mala fe** al impedir que se cambie un testamento, debe decirse que se niega el derecho de acción a todos ellos, **porque todos han actuado fraudulentamente.**
2-parr (29.6)	2. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XLIV. Cuando alguno **obrare de mala fe** para impedir la comparecencia de los testigos de un testamento, y por este medio se perdiere la facultad de otorgar testamento**, se denegará toda acción al responsable del fraude**, sea éste el heredero por ley, o fue nombrado en virtud de un testamento anterior.

30. Libro 30: Sobre la Ley Gregoriana y Hermogeniana.

Referencia	Cita del Digesto
41-parr (30.1)	47. Ulpiano , Sobre Sabino , Libro XXII. Cuando se legan bienes que pertenecieron al testador, y el heredero tiene posesión de ellos, no debe demorar, sino entregarlos de una vez. Pero si los bienes estuvieren en otro lugar que donde se reclaman, en primer lugar debe

	entenderse que se entregarán donde fueron legados, a no ser que el testador quisiera otra cosa; porque si fuere el caso, debe entregarse en el lugar donde el testador quiso que se hiciese, o en el que es probable que tuviera en mente. Julianus dio esta opinión no sólo con referencia a la propiedad del testador, sino también cuando se hacen legados de artículos que pertenecen a otros. **Sin embargo, si los bienes han sido dejados en un lugar y traspasados fraudulentamente por el heredero a otro, a no ser que se entreguen donde se hace la demanda, el heredero será condenado por su mala fe; pero si no hubiere mala fe, la cosa se entregará en el lugar a que fuere trasladada.**
47.5 (30.1)	47. Ulpiano, Sobre Sabino , Libro XXII. (5) Pero consideremos **de qué manera puede establecerse la negligencia del heredero; ¿Debe tenerse en cuenta solamente lo que se asemeja a fraude, o también lo que no es más que negligencia leve, o debe exigirse al heredero una diligencia exacta**? Esta última creo que es la opinión más correcta.
84.5 (30.1)	84. Julianus, Digest, Libro XIII. (5) Cuando un hombre, sin saber que un esclavo le ha sido legado por un testamento, compra dicho esclavo al heredero, y luego, después de haber comprobado esto, inicia una acción bajo el testamento y recupera el esclavo, debe ser liberado de la responsabilidad de demandar a causa de la venta; **porque este procedimiento es de buena fe, y por tanto incluye una excepción por causa de dolo.** Pero si, pagado el precio, pleitea por testamento, debe recobrar al esclavo, y puede recobrar el precio por acción de compra, si es privado de él por mejor título. Pero si procediera por una acción de compra, y luego se cerciore de que el esclavo le ha sido legado, y pleitee bajo testamento; el heredero no puede ser liberado a menos que reembolse el precio y entregue el esclavo al comprador.
108.12 (30.1)	108. Africanus, Preguntas, Libro V. (12) Cuando se te haya dejado algo y estés encargado, como fideicomisario, de entregármelo, si no recibes nada más en el testamento, **se considera que sólo serás responsable cuando hayas sido culpable de mala fe en no reclamar el legado, de lo contrario, yo tendré la culpa**; así como en los contratos de buena fe, si el contrato es en beneficio de ambas partes, **el que debe entregar los bienes es responsable de la negligencia, pero cuando es en beneficio de uno solo, el fiduciario sólo es responsable de fraude**.
108.12 (30.1)	108. Africanus, Preguntas, Libro V. (12) Cuando se te haya dejado algo y estés encargado, como fideicomisario, de entregármelo, si no recibes nada más en el testamento, **se considera que sólo serás responsable cuando hayas sido culpable de mala fe en no reclamar el legado,** de lo contrario, yo tendré la culpa; así como **en los contratos de buena**

	fe, si el contrato es en beneficio de ambas partes, el que debe entregar los bienes es responsable de la negligencia, pero cuando es en beneficio de uno solo, el fiduciario sólo es responsable de fraude.
119-parr (30.1)	119. Marciano, Reglas, Libro I. Cuando el testador prohibe a un esclavo dar cuenta, no se sigue que, no estando obligado a hacerlo, pueda obtener en su propio beneficio lo que esté en sus manos; **pero, para evitar que se haga un examen demasiado rígido, es decir, que el esclavo no sea responsable por negligencia, sino solo por fraude**. Por tanto, no se considera que su peculio haya sido legado a un esclavo manumitido por el mero hecho de que se le prohíba rendir cuenta.

31. Libro 31: Sobre la Ley Papinia.

Referencia	Cita del Digesto
8.4 (31.1)	8. Paulus, Sobre Plaucio, Libro IX. (4) Si un legatario y algunos que pretenden ser sustitutos de éste exigen el pago de cierta suma de dinero, que ha sido legada, y el heredero está dispuesto a pagarla si ambos están dispuestos a defenderlo, **él debe elegir a quien hacer el pago, para que sea defendido por él, y no parece ser culpable de fraude**, el legado debe pagarse con preferencia a aquel a quien primero se legó.

32. Libro 32: Sobre la Ley Paulina.

33. Libro 33: Sobre la Ley Ulpiana.

34. Libro 34: Sobre el derecho de las personas.

Referencia	Cita del Digesto
22.1 (34.1)	22. Valens, Fideicomisos, Libro I. (1) Un testador, que ya estaba obligado a dar sustento a los libertos de su hermano, les legó por testamento ciertas viñas, con la siguiente adición: "Para que las tengan para proveerse de alimentos". Si les dejó estas viñas en lugar de los alimentos que estaba obligado a dar, no deben enajenarse en los términos del fideicomiso, a menos que los herederos queden libres de las obligaciones impuestas por el testamento; porque si esto no se hiciere, y después pleitease bajo testamento, **el heredero podría protegerse con una excepción por causa de fraude**; es decir, si las viñas no valían menos de la cantidad que se daba para el sustento. La adición, "Para que los tengan para proveerse de alimentos",

	muestra más bien la razón de hacer el legado, que una intención de establecer un usufructo.
34.1 (34.1)	34. Pomponio, Sobre Quinto Mucio, Libro IX. (1) Quintus Mucius también dice que si un esposo, teniendo cinco libras de peso en oro, debe hacer un legado de la siguiente manera: "Que mi heredero entregue a mi esposa todo el oro que pueda haber adquirido para su uso", incluso si el esposo ha vendido una libra de oro y, al tiempo de su muerte, no se encuentran más de cuatro libras, el heredero estará obligado a proporcionar las cinco libras enteras, ya que los términos utilizados son indicativos del tiempo presente. Esta opinión, en cuanto es aplicable a la obligación legal, es correcta; es decir, el heredero es responsable de pleno derecho. Sin embargo, debe recordarse que, si el testador enajenó la libra de oro antes mencionada, porque quiso disminuir el legado a su esposa, **entonces el cambio de intención del causante permitirá alegar una excepción basada en la mala fe, de modo que, si la mujer insistiere en entablar juicio para recuperar las cinco libras de oro, puede ser impedida por una excepción por ese motivo. Pero si el testador dispuso del oro, habiéndose obligado a ello por necesidad, y no porque quisiera disminuir el legado, entonces las cinco libras de oro serán debidas a la mujer por ministerio de la ley, y excepción del motivo de la mala fe no servirá de nada al heredero contra el reclamante.**
3.3 (34.3)	3. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXIII. (2) Julianus, en el Libro Cuadragésimo del Digesto, dice que si alguien, cuando está a punto de morir, debe dar una nota de Seius a Titius, y ordenarle que se la entregue a Seius después de su muerte; o, si lo recuperare, devolvérselo; y luego Titius debe dar la nota a Seius después de la muerte del acreedor, y el heredero de este último debe tratar de cobrar la deuda, **Seius tendrá derecho a una excepción por motivo de fraude.**
8.6 (34.3)	8. Pomponio, Sobre Sabino, Libro VI. (6) Cuando se prohíbe a un heredero presentar una demanda contra el agente que atendió los asuntos del fallecido, **no se considera que esto beneficie al legatario si la obligación fue contraída por mala fe o fraude por parte del que llevó a cabo el negocio,** y se entenderá que el testador mantuvo esta opinión. Por lo tanto, si el heredero inicia un proceso contra el agente basado en los negocios realizados, y este último presenta una demanda bajo el testamento por una cantidad indeterminada, **puede ser impedido mediante una excepción por motivo de dolo [fraude].**
15-parr (34.4)	15. Paulus, Sobre la asignación de los libertos. Cuando un esclavo legado por un testador es enajenado y luego recomprado por él, no será debido al legatario, contra quien **puede interponerse una excepción por causa de mala fe**. Es evidente, sin embargo, que no lo impedirá

	si el legatario puede probar que el testador había renovado su intención de darle el esclavo.
22-parr (34.5)	22. Paulo, Sobre Plaucio, Libro XIV. Donde exista alguna ambigüedad de lenguaje, la validez de una transacción dependerá de la intención de las partes; por ejemplo, si estipulare para Stichus, y hay varios esclavos de ese nombre; o para un esclavo en general; o para que algo se entregue en Cartago, y hay dos ciudades así llamadas; y en todo caso en que surja la duda, **debe considerarse que el contrato se hizo de buena fe para cumplirse en el lugar donde más convenía, a no ser que resulte evidente que se ha redactado contra la ley.**

35. Libro 35: Sobre el derecho de las cosas.

Referencia	Cita del Digesto
32-parr (35.1)	32. Africanus, Preguntas, Libro IX. Aunque las palabras, "Rendiere sus cuentas", no tienen otro significado que pagar el saldo adeudado, sin embargo, si menos de lo adeudado es pagado por un esclavo que ha de ser libre bajo cierta condición, **por culpa del heredero, y no por dolo cometido por el esclavo, y se considera que ha rendido sus cuentas de buena fe, quedará libre**; y, a menos que se observe esta regla, ningún esclavo que se manumita bajo una condición obtendrá jamás su libertad, si, por falta de conocimiento, pagare menos de lo que debería haber pagado. Debe entenderse que se refiere a los casos en que se ordena a un esclavo que rinda sus cuentas, **y por algún error pero sin dolo, lo hace de tal manera que su amo también puede equivocarse en cuanto a su cálculo**.
3.6 (35.3)	3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXXIX. (6) Cuando un legatario ha dado garantía a un heredero con respecto a la devolución del legado que se le ha pagado, y el heredero ya está involucrado en una controversia debido a la herencia, o espera estarlo, **y la herencia es revocada, ya sea por negligencia o fraude de aquel que pagó el legado**, sostenemos que la estipulación no tendrá efecto, según el juicio de un buen ciudadano, **porque contiene el elemento de la buena fe.**

36. Libro 36: Sobre el derecho matrimonial.

Referencia	Cita del Digesto

54-parr (36.1)	54. Papiniano, Preguntas, Libro XIX. Se encargó a Titius que transfiriera a Maevius el resto de una propiedad. El fideicomisario no puede recuperar nada que el heredero haya entre tanto enajenado o dilapidado, si se prueba que no lo ha hecho con dolo y con objeto de interferir en el fideicomiso; pues se establece que la buena fe es una característica esencial del legado fiduciario.
3.1 (36.4)	Ulpiano, Del Edicto, Libro LII. (1) Esta investigación judicial puede ser solicitada más fácilmente por el heredero, si alega que se exige una garantía con el propósito de molestar; ya que esta es la regla ordinaria en todos los casos en que se solicita seguridad. **El Divino Pío declaró en un Rescripto que el juez ante quien se solicita una garantía debe determinar si esto se hace maliciosamente o no.** Debe realizar esta investigación de manera sumaria.
5.13, 14 & 15 (36.4)	5. Ulpiano, sobre el Edicto, Libro LII. (13) Si la persona encargada del fideicomiso no es un heredero, sino un sucesor por alguna otra razón, se debe decir que el Edicto será aplicable, **y la mala fe del fiduciario será tomada en consideración**. (14) Además, si el heredero del heredero es el culpable de fraude, también debe sufrir las consecuencias. (15) Debemos entender que **la mala fe en este caso se refiere a negligencia grave, y no a cualquier tipo de mala fe, sino solo aquella que se comete en perjuicio de legatarios y beneficiarios de fideicomisos**.
67.1&2 (36.1)	67. Valens, Fideicomisos, Libro III. (1) Al mismo tiempo que hayas planeado defraudar a tus acreedores, puedes asumir la posesión de un patrimonio que se sospeche insolvente y transferírmelo sin correr el riesgo de un interdicto por fraude; **porque aunque no hayas sido encargado con el fideicomiso a mi favor, tienes la libertad de rechazar aceptar el patrimonio y, al hacerlo, puedes defraudar a tus acreedores**; y yo no actuaré de manera deshonrosa al aceptar dicho patrimonio, ya que tus acreedores no podrían haberte obligado a asumirlo si yo no te lo hubiera requerido. (2) Si un hijo, siendo su propio amo, se convierte en el heredero de su padre y es instruido por él para transferir su patrimonio a mi favor; y, habiendo planeado defraudar a sus acreedores, transfiere el patrimonio a mi nombre bajo el decreto del Pretor, después de pretender que cree que está insolvente, **difícilmente habrá razón para aplicar un interdicto basado en el fraude**; porque si los bienes de su padre hubieran sido vendidos, sus acreedores no podrían haber obtenido nada perteneciente a él del patrimonio, a menos que los

	acreedores del hijo mismo sean escuchados, si solicitan vender los bienes del hijo sin incluir los del padre.

37. Libro 37: Sobre el derecho de la adopción.

Referencia	Cita del Digesto
15-parr (37.4)	15. Marciamis, Reglas, Libro V. Cuando un hijo emancipado se pasa por alto en un testamento, no creo que pueda reclamar la posesión pretoriana de la herencia en oposición a los términos del testamento, **si el heredero designado interpusiera una excepción por causa de fraude, basada en un deuda que tenía con su padre**; porque, en este caso, ha abandonado, por así decirlo, el derecho a reclamar la posesión pretoriana de la propiedad. Esto, sin embargo, debe entenderse aplicable cuando el hijo no quiso impedir que el heredero reclamara la deuda, mediante la excepción: "Si no se puede conceder al hijo la posesión de la herencia contrariamente a lo dispuesto en el testamento, **pero prefiere acogerse a una excepción por mala fe.**
17-parr (37.4)	17. Ulpiano, Compendio, Libro XXXVI. Cuando un hijo emancipado fue pasado en testamento, y su padre nombró heredero extranjero, y **le encomendó la entrega de los bienes que se habían perdido por fraude de dicho heredero**, después de haber sido aceptada la herencia, debe tramitarse una acción pretoriana, concedido contra el hijo emancipado, es decir, a favor de la persona a quien el hijo estaba obligado a pagar el legado; porque la intención del Pretor es que la posesión de una herencia en oposición a los términos del testamento se conceda sin perjuicio de los derechos de otras personas.
8.2 (37.5)	Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XL (2) Si entra en la herencia aquel para quien se conserva la parte, las concesiones de libertad hechas por el testador serán necesariamente válidas por su aceptación. Sin embargo, **hay que considerar si el que entra en la herencia debe estar sujeto a una acción por mala fe**. La mejor opinión es que, si después de haberle notificado el heredero fallecido, obtuvo la posesión pretoriana de la herencia en contra de las disposiciones del testamento, debe aceptarla, prometiendo pagar al otro su parte completa, **tendrá algo de culpa, y será pasible de una acción por mala fe,** porque daña la herencia, ya que las concesiones de libertad serán válidas.
2.2 (37.6)	2. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XLI.

	(2) Cuando la propiedad se ha perdido después de la muerte del padre sin que el hijo emancipado tenga la culpa, surge la pregunta, ¿quién sufrirá la pérdida? **Muchas autoridades sostienen que la propiedad que se ha perdido sin fraude o negligencia no debe estar sujeta a la carga de la colación**; y esto se entiende de las palabras con que el Pretor manda que se sometan los bienes a colación, conforme al juicio de ciudadano de confianza; porque un ciudadano de confianza no decidiría que son susceptibles de colación los bienes que una persona ya no tiene, **y que no perdió ni por dolo ni por negligencia**.
1.11 (37.10)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XLI. (11) Si la madre es acusada de introducir un niño supuesto, surge la cuestión de si la controversia con referencia a la condición civil del niño debe ser aplazada para la decisión. Cuando sólo se dude de la condición del niño, la pregunta debe aplazarse hasta la edad de la pubertad, porque puede haber motivos para temer que no se defenderá adecuadamente. Pero cuando se acusa a la madre misma, como no cabe duda de que ella, desde el primer momento, defenderá el estado civil del niño**, con la mayor buena fe y constancia, no cabe duda de que se debe hacer una investigación, y si después de la investigación resulta que el hijo era supuesto, se le debe negar toda acción para la recuperación de la herencia, y** todo quedará en el mismo estado que si el hijo no hubiera sido nombrado heredero.
1.3 (37.12)	Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XLV (3) Si un padre ha recibido dinero para inducirlo a emancipar a su hijo, o si, después, el hijo, durante su vida, le pagara lo suficiente para evitar que se opusiera a su voluntad; **estará prescrito por una excepción por mala fe**.
5.1 (37.15)	5. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro X. El padre, la patrona, la patrona o los hijos de los parientes de ésta, no estarán sujetos a acción de hecho por razón de una transacción en que se diga que han recibido una suma de dinero, en consideración de una u otra la realización o no realización de algún acto. (1) Tampoco se concederán contra ellos acciones que impliquen depravación moral, **ni las que se basen en la mala fe o el fraude**.

38. Libro 38: Sobre el derecho de la tutela.

Referencia	Cita del Digesto
1.4 (38.5)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XLIV. (4) Debemos entender que el término “fraude” se aplica a la persona que enajena la propiedad, y no a aquél a quien se le transfiere; de donde acontece que **si el beneficiario no es consciente del fraude o de la mala fe** que se ha

	cometido, debe ser privado de los bienes enajenados, con el fin de defraudar al patrón, aunque creyera que el liberto era nacido libre, y no uno que había sido manumitido.
1.15 (38.5)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XLIV. (15) Sin embargo, veamos si el patrono alega que, aunque la propiedad se vendió a un precio justo, de todas formas era de su interés que no se hubiera vendido en absoluto; **y que el fraude radica** en el hecho de que se alienó la posesión de algo a lo que el patrono estaba vinculado, ya sea por su comodidad, su cercanía, la pureza del aire, o porque fue educado allí o sus padres están enterrados allí, si desea que se anule la venta, si debe ser escuchado. No debe ser escuchado en ningún caso de este tipo, **ya que el fraude se entiende que involucra una pérdida pecuniaria.**
10-parr (38.5)	10. *Africanus, Preguntas, Libro I.* Si los bienes que el liberto **enajenó fraudulentamente** ya no existen, el patrón no puede ejercitar la acción, como si el liberto hubiera tirado el dinero para cometer un fraude; ni aun cuando el que obtuvo una donación *mortis causa* del liberto hubiere vendido la propiedad, y un comprador *de buena fe* la hubiere adquirido por usucapión.

39. Libro 39: Sobre el derecho de las municipalidades.

Referencia	Cita del Digesto
1.34 (39.2)	1. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro I. (34) Cuando una casa ya se haya derrumbado, veamos si la persona a quien no se le ha dado seguridad debe quedar todavía en posesión de las ruinas o de la tierra. La mejor opinión es que esto debería hacerse. Labeo está de acuerdo en esto, pero añade que sólo debe adoptarse donde la casa se haya derrumbado después de que el Pretor haya dictado un decreto poniendo en posesión al demandante. Creo que la opinión de Labeo es correcta. Por lo tanto, si el demandante hace alguna reparación, se debe considerar que no está obligado a partir antes de que se le haya pagado y se haya proporcionado una garantía por los daños sufridos anteriormente. Puede, sin embargo, recuperar lo que ha gastado por una acción *de factum,* pero no puede recuperar más de lo que debería haber sido gastado a juicio de un buen ciudadano. La misma regla se aplica cuando otra persona ha incurrido en gastos por mi pedido o solicitud, **sin intención de fraude;** y se ha dictado sentencia en mi contra por este motivo, **o he pagado la cantidad de buena fe.**
22-parr (39.4)	22. Modestino, Diferencias, Libro VIII.

	Es perfectamente equitativo que el que ha prometido una suma de dinero, o cualquier otra cosa, con el fin de hacer una donación, no sea responsable de los intereses por demora en pagar el dinero; y **éste es especialmente el caso cuando la donación no está incluida en la clase de contratos de buena fe.**
18.3 (39.5)	18. Ulpiano, Del Edicto, Libro LXXI. (3) Labeo dice que si alguien me diera bienes pertenecientes a otro, y yo incurriera en gastos considerables a causa de ellos, y luego fueran desalojados, no tendré derecho a ninguna acción por este motivo contra el donante; **pero es evidente que tendré derecho a una contra él por causa de fraude, si actuó de mala fe.**

40. Libro 40: Sobre el derecho de sucesión intestada.

Referencia	Cita del Digesto
8-parr (40.4)	8. *Pomponio, Sobre Sabino, Libro V.* Cuando se insertó la siguiente disposición en un testamento, "Que Stichus sea libre si ha realizado mis negocios correctamente", **el grado de diligencia mostrado por Stichus debe considerarse con referencia a su beneficio para el amo**, y no para el esclavo; **y también deberá manifestar su buena fe pagando cualquier saldo que quede en sus manos**.
22-parr (40.4)	22. Africanus, Preguntas, Libro IX. Un testador nombró heredero a su hijo, que no había llegado a la edad de la pubertad, y ordenó que Stichus fuera emancipado después de que hubiera dado cuenta de la bandeja de plata, que estaba a su cuidado. Este esclavo había robado una parte del plato de plata, que había repartido con el guardián, y le dio la otra parte al guardián que tomó cuenta de ella. Habiéndose preguntado si Stichus estaba libre, se respondió que no. Pero, por otro lado, como se ha decidido si a un esclavo que ha de ser libre bajo cierta condición se le ordena pagar cierta suma de dinero, y se la paga al tutor, o es culpa del tutor que la condición no se cumpliera, obtendrá su libertad; **esto debe entenderse en el sentido de que todo se hace de buena fe y sin fraude** alguno por parte del esclavo o del tutor, como se observa en la enajenación de los bienes de un pupilo. Por tanto, si el esclavo entrega el dinero y el tutor no está dispuesto a aceptarlo porque su pupilo será defraudado, el esclavo no puede obtener su libertad, a menos que no haya sido culpable de fraude. La misma regla se aplica con referencia a un curador.
22.1 (40.4)	22. Africanus, Preguntas, Libro IX.

	(1) También se planteó la cuestión, cuando se ordenó al esclavo que rindiera cuenta del plato de plata, de qué manera se debería entender que había cumplido con la condición; es decir, si algunos vasos se hubieren perdido sin su culpa, y los restantes los entregó al heredero, **de buena fe,** si tendría derecho a su libertad. La respuesta fue que tendría derecho a ella, pues basta con que **rindiera cuenta honesta y justa**. En resumen, se considera que ha cumplido con la condición al rendirle al heredero una cuenta tal como la que aceptaría el cuidadoso cabeza de familia.
57-parr (40.4)	57. *Gayo, Sobre las manumisiones, Libro III.* Cuando un rico se convierte en heredero de un pobre, veamos si esto beneficiará a los esclavos a quienes se les concede la libertad por testamento, **sin que los acreedores de la herencia sean defraudados**. Y, en efecto, hay ciertas autoridades que sostienen que cuando un rico aparece como heredero, es lo mismo que si el testador hubiera muerto después de haber aumentado su patrimonio. Pero he sido informado (y esta es nuestra práctica), que no importa si el heredero es rico o pobre, sino que sólo debe tomarse en consideración la cantidad de la herencia que poseía el testador al morir. Juliano adopta esta opinión en la medida en que sostiene que las concesiones de libertad no tendrán efecto cuando el testador era insolvente y ordenó que el esclavo fuera libre, de la siguiente manera: "Que Stichus sea libre cuando se paguen mis deudas". Esta opinión, sin embargo, no coincide con la de Sabino y Casio, que el propio Juliano parece aceptar, pues piensa que debe tenerse en cuenta la intención del testador que manumitió al esclavo. **Porque el que ordena la libertad de su esclavo en tal condición, lo hace sin intención de cometer fraude, ya que manifiestamente desea que no se engañe a sus acreedores**.
4.19 (40.5)	4. Ulpiano, Del Edicto, Libro LX. (19) Cuando se conceda la libertad y **se defraude** a los acreedores por un testador que no era solvente al tiempo de su muerte, ¿será válida la concesión? Si el Fisco no obtiene la herencia, quizá sea válida la concesión de la libertad, porque se les ofrece todo lo que se debe a los acreedores. Sin embargo, si la herencia ha sido registrada, no será válida. Es claro que si el Fisco obtuviera la herencia, habrá mejor fundamento para sostener que la concesión de la libertad no será válida. Porque cualquiera que se apegue estrictamente a los términos de la constitución, podría decir que solo puede culparse a sí mismo, que desea que se le conceda la herencia bajo la condición de que las concesiones de libertad se consideren válidas. Si alguno, sin embargo, siguiere la regla aplicable en la aceptación de una herencia, **será nula la concesión directa de la libertad si la intención del testador fuere dolosa, y el resultado fuere engaño a los acreedores; ni se ejecutarán las concesiones de libertad en fideicomiso si con ello se defraudare a los acreedores de la herencia**.
21-parr (40.7)	21. *Pomponio, Sobre Plaucio, Libro VII.*

	Labeo, en su Libro de Últimas Obras, presenta el siguiente caso: "Que Galenus, mi mayordomo, sea liberado, **si se demuestra que ha llevado a cabo diligentemente mis asuntos,** y que retenga toda su propiedad, además de recibir cien aurei adicionales". En este caso, se requiere **diligencia que beneficie al amo y no al esclavo**. **Además, se debe añadir buena fe a la diligencia, no solo en el mantenimiento de los registros, sino también en el pago de cualquier saldo que pueda quedar**. Con la palabra "aparece" se entiende "puede ser considerado como si hubiera". Los antiguos interpretaron las siguientes palabras de la Ley de las Doce Tablas, "si el agua de lluvia causa daño", como si pudiera causar daño. Y si se pregunta ante quién debe demostrarse la diligencia mencionada anteriormente, debemos responder que esto debe ser decidido por los herederos de acuerdo con el juicio de un ciudadano confiable; por ejemplo, si se ordena que un esclavo sea liberado bajo la condición de pagar una cierta suma de dinero, y no se establece a quién debe pagarlo, se volverá libre de la misma manera que si el testador hubiera escrito: "Si paga la suma a mi heredero".
12.1&4 (40.12)	12. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LV. Por tanto, se debe notar que una persona que es libre puede estar fraudulentamente en libertad, y que un esclavo puede estar en libertad sin ser culpable de fraude. (1)Un niño que es robado en la infancia puede servir como esclavo de buena fe, aunque sea libre; y posteriormente, mientras desconoce su condición, abandona a su amo y comienza a vivir en libertad en secreto. En este caso, no permanecerá en libertad sin ser culpable de fraude. (4) **La prueba de buena fe, sin embargo, se refiere al tiempo en que estuvo en libertad sin ser culpable de fraude**, que es cuando se iniciaron los primeros procedimientos judiciales con respecto a él.
14.2 (40.12)	14. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LV. (2) **No se considera que haya obrado de mala fe quien no haya informado voluntariamente al comprador del fraude, sino sólo cuando él mismo lo engañó**.

41. Libro 41: Sobre el derecho de legados y fideicomisos.

Referencia	Cita del Digesto
7.12 (41.1)	7. Gayo, Asuntos Diurnos o Áureos, Libro II. (12) Por otra parte, si alguien construye un edificio en el terreno de otro con sus propios materiales, el edificio pasará a ser propiedad de la persona a quien pertenece el terreno. Si supo que el terreno era de otro, se entiende que perdió

	voluntariamente la propiedad de los materiales; y por lo tanto si la casa es demolida no tendrá derecho a reclamarlos. Sin embargo, cuando el dueño del terreno reclama el edificio, y no reembolsa al otro el valor de los materiales y los salarios de los trabajadores, **puede ser impedido por una excepción por causa de fraude;** y si el que construyó el edificio no sabía que el terreno pertenecía a otro, **y por lo tanto lo erigió de buena fe, ciertamente se debe seguir este camino. Porque si sabía que la tierra pertenecía a otro, se puede alegar que él tenía la culpa de haber construido precipitadamente una casa en una tierra que sabía que no era suya.**
9.2 (41.1)	9. Gaius, Diurnal or Golden Matters, Libro II. (2) Las imágenes, sin embargo, no suelen formar parte de las tablillas en las que están pintadas, como lo hacen las letras del papiro y el pergamino en los que están escritas; pero, por otro lado, se ha decidido que la tablilla sea un accesorio del cuadro. Sin embargo, siempre es perfectamente correcto que se conceda una acción pretoriana al propietario de la tablilla contra el que pintó el cuadro, siempre que esté en posesión de la tablilla; acción de la que puede valerse efectivamente si paga los gastos de pintar el cuadro; de lo contrario, **estará excluido de una excepción por causa de fraude, ya que ciertamente debería haber pagado los gastos si fuera el poseedor de buena *fe* de la tableta**. Decimos, sin embargo, que la acción para recuperar la tablilla será propiamente a favor del que la pintó, contra el dueño, pero éste deberá ofrecerle el valor de la tablilla; en caso contrario, estará impedido por **una excepción por causa de dolo.**
48-parr (41.1)	48. El mismo, Sobre Plaucio, Libro VII. que el **comprador *de buena fe*** obtiene como suyos los beneficios adquiridos por medio de la propiedad ajena en el ínterin, **y esto no se refiere sólo a los que se adquieren con su diligencia y trabajo, sino a todos los demás**, porque, en cuanto a la en cuanto a utilidades se refiere, ocupa prácticamente la posición de propietario; porque, aun antes de obtener las cosechas, e inmediatamente después de haberlas separado del suelo, pasan a ser propiedad de un comprador *de buena fe.* Tampoco importa que lo que compro de buena fe pueda adquirirse por prescripción médica o no; como, por ejemplo, si pertenece a un pupilo, o ha sido obtenido por violencia, o ha sido entregado al Gobernador de una provincia contra la ley contra la extorsión, y después ha sido transferido por él a un comprador de buena fe.

42.- Libro 42: Sobre el derecho de testamentos.

Referencia	Cita del Digesto
8.3 (41.5)	8. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXI. (3) El Pretor no dice nada sobre el tiempo que ha de correr el arrendamiento. Por tanto, se tiene por otorgada facultad gratuita a los acreedores para arrendar los bienes por el tiempo que lo juzguen conveniente; así como tienen derecho a vender o arrendar a su juicio, por supuesto**, donde no exista fraude. Ellos, sin embargo, no son responsables por negligencia.**
9.5 (41.5)	9. Ulpiano, Del Edicto, Libro LXII. (5) Además, se ha preguntado si, cuando las tierras se han deteriorado sin mala fe por parte del acreedor; o se han perdido los derechos inherentes a ellos; o los edificios han sido demolidos o quemados; o no se ha tenido el debido cuidado de los esclavos o ganado; o posesión entregada a otro sin dolo; si el poseedor será responsable. Es evidente que no será responsable, porque no es culpable de fraude. Su posición será mejor que la de un acreedor cuando se trata de una prenda, ya que es responsable no solo del fraude, sino también de la negligencia. La misma regla se aplica al curador de bienes, porque también es responsable como los acreedores.
21-parr (41.6)	20. Marciano, sobre la fórmula del hipotecario. Se establece que cualquiera que se haya puesto en posesión de los bienes de un deudor ausente por negocios públicos, podrá tenerlos legalmente hasta que la deuda sea pagada en su totalidad, **si pareciera que el deudor se ausenta fraudulentamente**, bajo el pretexto de atender negocios para el estado. Sin embargo, **cuando está ausente en un negocio público, de buena fe, y un acreedor es puesto en posesión bajo una orden de ejecución, el procedimiento es nulo** y, por lo tanto, debe renunciar a la posesión de la propiedad.
2-parr (41.7)	2. Papiniano, Preguntas, Libro XXV. Si la herencia ha sido vendida por el heredero, legalmente no puede exigirse la separación, **si no hay sospecha de fraude**; **porque cualquier acto realizado por el heredero de buena fe, mientras tanto, generalmente se considera legal.**
9-parr (41.9)	9. Paulus, Sobre el Edicto, Libro LXII. Cierto hombre a sabiendas compró un artículo de un deudor cuya propiedad había sido tomada en ejecución, y luego se lo vendió a un comprador de buena fe. Se planteó la cuestión de si se podía iniciar una acción contra el segundo comprador. La opinión de Sabinus, que un comprador de buena fe no es responsable, es la mejor; **porque el fraude sólo debe perjudicar al que lo comete, así como sostenemos que el comprador no será responsable si,**

	ignorando los hechos, compró la cosa al mismo deudor. Pero el que la compró fraudulentamente y después la vendió a un comprador de buena fe , será responsable de la suma total que recibió por la propiedad.

43.-Libro 43: Sobre el derecho de fideicomisos y transferencias fiduciarias.

Referencia	Cita del Digesto
43.8 (2.28)	2. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXVIII.* (28) Labeo también dice que si alguien construye una casa en su propio terreno, y luego el agua se junta en la calzada, no será responsable bajo el interdicto, porque él no hizo correr el agua sobre la calzada, pero él simplemente no se ocupó de ello. Nerva, en cambio, dice más propiamente que será responsable en los dos casos, pues es claro que si el terreno linda con la vía pública, el agua que brota de ella perjudica a ésta; porque si el agua fluye de la tierra de un prójimo sobre la tuya, y te ves obligado a cuidar de esa agua, habrá motivo para interdicto contra tu prójimo. Pero si no es necesario que lo cuides, tu prójimo no será responsable, pero tú lo serás; porque el que tenía el uso del agua se considera que ha cometido el hecho que dañó la carretera. Nerva también dice que si se abre contra ti proceso bajo interdicto, no estarás obligado a hacer nada más, ni a entablar acción contra tu prójimo para obligarlo a hacer lo que satisfaga a la persona que te ha demandado. Si se decide lo contrario, se te tendrá por responsable, aunque hayas entablado una acción *de buena fe* contra tu prójimo, y no es culpa tuya que la persona que te demandó no esté contenta con lo que has hecho.
43.16 (15-parr)	15. *Paulo, Sobre Sabino, Libro XIII.* Si me expulsa a la fuerza, o si hace que esto se haga con violencia o clandestinamente, aunque después pueda perder la posesión **sin ser culpable de fraude o negligencia, aún estará sujeto a que se dicte una sentencia en su contra por el monto de mi interés; porque tuviste la culpa en primer lugar, ya que o me expulsaste por la fuerza**, o hiciste que esto se hiciera con violencia, o clandestinamente.
43.26 (8.3)	8. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXXI.* (3) El Pretor deseaba que también fuera **responsable** en este procedimiento, quien cometió **un acto doloso** para evitar retener la posesión. Debe notarse que quien retiene la posesión por **tenencia precaria no es responsable de negligencia, sino sólo de dolo**; **aunque el que ha tomado prestado un artículo es responsable de la negligencia, así como del fraude**. Y no es sin razón que el que obtiene bienes por título precario sólo responde de fraude,

	porque todo esto sólo procede de la generosidad del que concedió los bienes bajo tal tenencia; y es suficiente si sólo responde por fraude. **Sin embargo, puede decirse que también será responsable de la negligencia grave que se asemeja al fraude.**
43.29 (3.4-6)	3. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXXI.* (4) Si alguien retiene a su hijo, que no está bajo su control, generalmente se considera que lo hace sin ser culpable de fraude; **ya que el afecto genuino causa que su retención se realice sin la presunción de fraude, a menos que la existencia de mala fe sea evidente**. Por lo tanto, la misma regla se aplicará si un patrono somete a su autoridad a sus libertos, a su hijo de crianza o a un esclavo que todavía no ha alcanzado la edad de la pubertad y que ha sido entregado como reparación por el daño que ha causado. Y, en general, cualquiera que tenga una buena razón para retener el control sobre un hombre libre no se considera que actúa de mala fe. (5) Si alguien sigue reteniendo a una persona libre con su propio consentimiento, no se considera que lo haga de mala fe; **pero ¿qué sucede si lo retiene con su consentimiento, pero después de haberlo engañado, seducido o solicitado, sin tener buenas y suficientes razones para hacerlo? Es apropiado considerarlo que lo retiene fraudulentamente.** (6) Un hombre que no sabe que un hombre libre es parte de su familia no es culpable de mala fe; **pero cuando es consciente de ello y aún lo retiene, no queda exento de fraude**.

44. Libro 44: Sobre el derecho de las obligaciones derivadas de contratos.

Referencia	Cita del Digesto
44.4 (4.31)	4. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXXVI.* (31) **La mala fe del vendedor, sin embargo, como ya hemos señalado, no puede alegarse contra el comprador**. Observamos esta regla sólo en relación a los compradores y a aquellos que han intercambiado propiedades o la han recibido como pago, así como a aquellos que ocupan la posición de compradores. No obstante, si un esclavo ha sido entregado como reparación por daños, Pomponio piensa que tanto la persona que demanda al esclavo como la que lo entregó pueden hacer valer la excepción en su contra. Por lo tanto, cuando alguien se beneficia económicamente al adquirir propiedad de cualquier manera, puede alegarse la excepción por la mala fe cometida por la persona cuyos derechos él sucede. **Es suficiente que aquel que haya pagado el precio, o algo en lugar de él, y sea un comprador de buena fe, no sufra a causa de la mala fe del vendedor, siempre y cuando él mismo no sea**

	culpable de fraude. Sin embargo, si él mismo no está exento de fraude, será responsable de la excepción por ese motivo y deberá sufrir las consecuencias de su propio acto fraudulento.
44.7 (2.3)	2. *Gayo, Institutos, Libro III.* (3) Además, en los contratos de esta clase, cada una de las partes está obligada a las demás por todo lo que deba hacerse, **de acuerdo con la justicia y la buena fe.**
44.7 (5-parr)	*Gayo, Materias Doradas, Libro III* Cuando alguien que realiza negocios en nombre de una persona ausente lleva a cabo algún acto en virtud de un mandato, es evidente que, a partir del contrato realizado, existirán acciones por mandato entre las partes, en las cuales cada una de ellas puede demostrar cómo debe actuar la otra **en cumplimiento de las normas de buena fe**. Sin embargo, si el agente actúa sin mandato, se ha decidido que las partes serán mutuamente responsables; y, por esta razón, se han introducido procedimientos que denominamos acciones basadas en la gestión voluntaria, **mediante las cuales podemos obligarnos mutuamente a hacer lo que la justicia y la buena fe demandan**. Sin embargo, este tipo de acciones no surgen ni de contratos ni de delitos, ya que se cree que aquel que realiza negocios en nombre de otro durante su ausencia ha llegado a un acuerdo previo con él; y no es una infracción de la ley emprender la gestión de los asuntos de otro sin un mandato. Por lo tanto, aún se puede decir que aquel cuyos negocios han sido gestionados sin su conocimiento ha realizado un contrato o ha cometido un delito; pero por motivos de conveniencia se ha establecido que las partes sean responsables mutuamente. Esta regla se ha adoptado porque con frecuencia las personas parten a países extranjeros con la intención de regresar pronto, y, por esta razón, no confían el cuidado de sus negocios a nadie; y luego, debido a eventos imprevistos, se ausentan necesariamente más tiempo del que esperaban, y sería injusto que sus negocios sufrieran, lo cual sucedería si la persona que se ofreció a atender sus asuntos no tuviera derecho a una acción para recuperar cualquier gasto que hubiera pagado correctamente de su propio bolsillo; o si aquel cuyos asuntos fueron gestionados no tuviera derecho de acción contra aquel que se hizo cargo de sus asuntos sin autorización.

45. Libro 45: Sobre el derecho de los agravios y los delitos.

Referencia	Cita del Digesto
45.1 (22-parr)	22. *Paulo, Sobre Sabino, Libro IX.* Si pacté contigo por lo que creí que era oro, cuando en realidad era bronce, serás responsable ante mí por el bronce, según convinimos en el objeto; **pero**

	puedo entablar una acción contra ti por fraude, si me engañaste a sabiendas.
45.1 (135.4)	135. *Scaevola, Opiniones, Libro V.* (4) Una hija, que inició acciones contra un testamento por considerarlo inoficioso, y luego llegó a un acuerdo con los herederos mediante una estipulación **en la que se insertó la cláusula relacionada con el fraude, interpuso una demanda ante el Prefecto impugnando el testamento como falso, pero no pudo demostrar esto.** Pregunto si podría ser demandada en virtud de la cláusula que previene el fraude. Respondí que lo que se hizo después no tenía nada que ver con la estipulación.

46. Libro 46: Sobre el derecho de las servidumbres.

Referencia	Cita del Digesto
46.1 (2-parr)	2. *Pomponio, Sobre Sabino, Libro XXII.* Se puede exigir una garantía para propiedad que fue prestada para su uso o depositada, y el fiador será responsable; incluso si el depósito o el préstamo se confió a un esclavo o un pupilo, **pero sólo cuando aquellos para quienes se brindó la garantía hayan incurrido en fraude o negligencia**.
46.1 (8-parr)	8. *Ulpiano, Sobre Sabimis, Libro XLVII.* En griego, una garantía se toma de la siguiente manera: "**En mi buena fe, ordeno, digo, deseo",** o "Deseo, con cierta determinación mental". Sin embargo, si alguien dijera **"Yo afirmo", será lo mismo que si hubiera pronunciado las palabras "Yo digo".**
46.7 (19.1-2)	19. Neratius, Estipulaciones, Libro IX. La última cláusula de la estipulación para el pago de una sentencia, "**Que no hay fraude, y no habrá ninguno"**, indica un hecho permanente para el futuro. Por lo tanto, si aquel que fue culpable de fraude fallece, su heredero seguirá siendo responsable; ya que las palabras "no habrá ninguno" tienen una amplia latitud y se refieren a todo el tiempo por venir, y si en algún momento se comete fraude, por la razón de que es cierto que hubo fraude, esta cláusula se volverá operativa. (1) Y cuando se agrega lo siguiente: "Si se comete fraude en este asunto, ¿prometes pagar el valor completo de la propiedad?" el que promete será responsable de la penalización, incluso por fraude cometido por un extraño. (2) La cláusula relacionada con el fraude, sin embargo, al igual que sucede con otras estipulaciones en las que el tiempo no se menciona expresamente, se refiere al comienzo de la estipulación.

47. Libro 47: Sobre el derecho de usufructo y uso.

Referencia	Cita del Digesto
47.2 (1-parr)	1. Paulo, Sobre el Edicto, Libro XXXIX.

	Labeo dice que la palabra "**robo**" proviene del término que significa negro, porque el delito se comete en secreto y en la oscuridad, generalmente de noche; **o del término "fraude",** como sostenía Sabinus; o de los verbos tomar y llevarse; o del término griego que designa a los ladrones como "fwras". Y, de hecho, los propios griegos derivaron la palabra del **verbo "llevarse**".
47.2 (12.1)	12. Ulpiano, En Sabinus, Libro XXIX. (1) La acción de robo **no se concede a un poseedor de mala fe**, aunque esté interesado en que la propiedad no sea robada debido a que está bajo su riesgo. **Nadie puede adquirir un derecho de acción basado en la deshonestidad y, por lo tanto, la acción de robo sólo se concede a un poseedor de buena fe** y **no a uno que tenga la propiedad de mala fe**.
47.2 (44.3)	44. *Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XLI.* (3) Si alguien **no ha hecho una declaración falsa con referencia a sí mismo personalmente, pero es culpable de fraude en sus afirmaciones, es más engañoso que culpable de robo**; por ejemplo, si dice que es rico, e invertirá en mercadería lo que ha recibido; que dará garantías solventes; o que hará el pago inmediatamente; porque en todos estos casos, **él es más culpable de engaño que de robo,** y por lo tanto no será responsable por robo; pero por haber cometido fraude, si no se puede ejercitar contra él otra acción, se ejercitará por fraude.

48. Libro 48: Sobre el derecho de uso y habitación.

Referencia	Cita del Digesto
48.20 (11.1)	*Marciano* (1) Un acusado, excepto cuando sea acusado de alta traición, puede administrar sus propios bienes, pagar sus deudas y **recibir lo que se le debe, si se paga de buena fe;** pero toda enajenación que hubiere hecho con objeto de **defraudar** al Fisco después de su condena puede ser **anulada**.
48.8 (7-parr)	7. *Paulus, Sobre la acusación pública.* Según la Ley de Cornalina, el grado de fraude depende del acto, pero según esta ley, **la negligencia grave no se considera fraude**. Por tanto, si alguien se precipita desde una altura y cae sobre otro y lo mata, o si un hombre que poda árboles arroja una rama y no da aviso, pero mata a un transeúnte, no estará sujeto a la pena bajo esta ley.

49. Libro 49: Sobre el derecho de arrendamiento y enfiteusis.

Referencia	Cita del Digesto
49.14 (45-par)	45. Paulus, Sentencias, Libro V. Se revoca la enajenación de bienes, ya sea por donación o de cualquier otro modo, con el fin de **defraudar** al Fisco. El mismo estado de derecho se aplica, aunque no se alegue, **pues el fraude es igualmente castigado en todos los casos**.
49.14 (46.1)	46. *Hermogenianus, Epitomes of Law, Libro VI.* (1) El que a sabiendas intenta defraudar al Tesoro **está obligado a devolver no sólo los bienes que adquirió por fraude, sino mucho más**.

50. Libro 50: Sobre el derecho de los linderos de la tierra.

Referencia	Cita del Digesto
78-79 (50.17)	78. Papinianus, Cuestiones, Libro XXXI. En general, cuando surge alguna cuestión con **respecto a un fraude, no se debe tener en cuenta lo que el demandante tiene en sus manos**, sino lo que podría haber tenido si no fuera por su adversario. 79. Papinianus, Cuestiones, Libro XXXII. La **determinación de la existencia de fraude**, según la Ley Civil, no siempre depende del resultado, **sino de si existía la intención de cometerlo**.
157-1 (50.17)	157. Ulpianus**,** Sobre el Edicto, Libro LXXI. Cuando un crimen o una falta no se clasifican como atroces, se les otorgará el perdón a aquellos que lo cometan, si, como esclavos, han obedecido a sus amos; o cuando los infractores han obedecido a aquellos que ocupan el lugar de amos, como, por ejemplo, tutores y curadores. (1) Cualquier persona **que cometa un fraude** con el propósito de renunciar a la posesión se considera que aún retiene la posesión. (2) En los **contratos**, los sucesores de aquellos que han sido culpables de **fraude no sólo son responsables de las ganancias que puedan obtener, sino también del monto total**; es decir, cada uno será responsable de su parte como heredero.
197-199 (50.17)	197.- Sobre el Rito del Matrimonio. En las uniones matrimoniales, no sólo se debe considerar lo legal, sino también lo honorable.

	198.- Javolenus, Sobre Casio, Libro XIII. **El fraude cometido por un tutor**, ya sea solvente o no, no debe perjudicar los derechos de su pupilo en un interdicto, ni en ningún otro procedimiento legal. Epístolas, Libro VI. **No puede considerarse libre de fraude** aquél que se niega a obedecer la orden de un magistrado.
134-parr (50.17)	134.- Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXI. **Los acreedores no son defraudados cuando su deudor no adquiere nada**, sino solo cuando su propiedad disminuye. (1) Nadie puede mejorar su condición mediante un delito.
145-parr (50.17)	145. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXVI. Nadie es considerado defraudador de aquellos que tienen conocimiento de los hechos y dan su consentimiento.
154-parr (50.17)	146. Cuando las partes en un litigio son culpables del mismo delito, el demandante está en desventaja y la posición del poseedor es preferible, como ocurre **cuando se presenta una excepción debido al fraude del demandante y no se le concede una réplica, incluso si el demandado cometió fraude en la misma transacción.**
1-2 (50.14)	1. Ulpianus, Sobre Sabinus, Libro XLII. Los corredores tienen derecho a exigir sus comisiones. 2. El mismo, Sobre el Edicto, Libro XXXI. 147. Si se emplean los servicios de un corredor con el fin de hacer un pagaré, como muchas personas suelen hacer, veamos si será responsable como mandante. No creo que sea responsable, porque aunque pueda haber elogiado a la persona en cuyo nombre actúa, eso se refiere más a la deuda que se contraerá que a un acto en calidad de mandante. Sostengo que la misma regla será aplicable incluso si ha recibido algo como compensación, y que no procederá una acción por arrendamiento y alquiler**. Es claro que si engaña al acreedor mediante fraude y astucia, será responsable en una acción por fraude**.

ANEXO III

CASOS DE CULPA IN CONTRAHENDO (RUPTURA INJUSTIFICADA DE NEGOCIACIONES PRELIMINARES) ANALIZADOS A LA LUZ DEL PROMISSORY ESTOPPEL

ANEXO III

CASOS DE CULPA IN CONTRAHENDO (RUPTURA INJUSTIFICADA DE NEGOCIACIONES PRELIMINARES) ANALIZADOS A LA LUZ DEL PROMISSORY ESTOPPEL

1.- Breve introducción

En este anexo se abordan dos variables clave para el presente trabajo: la justicia y la eficiencia. Así como en el capítulo III vimos cómo ciertos casos reales fueron resueltos a la luz del *misrepresentation*, en este capítulo analizaremos cómo dichos casos podrían ser resueltos a la luz del PE, para luego determinar cuál de las dos figuras (RINP o PE) es más justa y eficiente.

Asimismo, recordamos que en capítulo II abordamos el tema de las vertientes de la CIC (deber de cuidado, deber de informar y deber de negociar de buena fe)[1594]. Esta tercera vertiente (deber de negociar de buena fe) es legalizada como la RINP (Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares), y vimos también cómo la RINP devino en "maliciosa" al incluir el tema de la buena fe como motor de tal vertiente. Entonces, en este apéndice realizaremos la comparación entre el RINP (o Ruptura Injustificada [maliciosa] de Negociaciones Preliminares) con el PE.

Por su parte, Aristóteles (2001) piensa que la "justicia" es una virtud que se encuentra en un punto medio entre extremos y busca el beneficio de otros. Se distinguen dos formas de justicia: la distributiva, que se refiere a transacciones voluntarias en una comunidad, y la

[1594] El deber de cuidado ha sido sumergido a casos de responsabilidad extracontractual, y el deber de informar ha sido abordado, en la mayoría de las situaciones por el derecho de los consumidores (tanto en el *common law* como en el civil law).

correctiva (p. 155). La proporcionalidad es fundamental en la justicia, y se busca restablecer el equilibrio a través de instituciones como la RINP y el PE.

Por otro lado, la "eficiencia" se define como la capacidad de lograr resultados deseados con la menor cantidad de recursos posibles[1595].

De modo que analizaremos las casaciones de Tribunales de Casación o Tribunales Federales, con respecto al RINP y luego veremos cómo la teoría del PE pudiera haber resuelto tales casos para así poder entender cuál de las dos figuras (RINP o PE) es más justa o eficiente[1596].

Como recordamos en el capítulo II, los elementos de la RINP (hija legítima de la *Culpa in contrahendo*) son:

1. Ruptura injustificada de las conversaciones o negociaciones.
2. Incumplimiento del deber de negociar de buena fe.
3. Que la parte infractora (la que rompe las conversaciones) haya creado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión del contrato.
4. Que, a raíz de la ruptura, se haya generado un daño en el patrimonio de la parte inocente que sufre las consecuencias (interés negativo).

Por otra parte, como vimos en el capítulo V, los elementos del PE serían entonces los siguientes[1597]:

[1595] Para la Real Academia Española de la Lengua (2014), es la "capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos".

[1596] Asimismo, en el anexo IV veremos algunas sentencias representativas de diversas cortes del sistema del *common law* de los EE.UU. analizados bajo la mirilla de la CIC (en especial del RINP). En este anexo, como decíamos, revisaremos las sentencias basadas en la RINP y las analizaremos a partir de la plataforma de la doctrina del PE. El anexo se centrará en el estudio de casos reales, evaluando la justicia y eficiencia de cada figura (RINP o PE) comparativamente para determinar cuál de ellas la más justa y eficiente.

[1597] El Primer Restatement de los contratos introdujo la figura del *Promissory Estoppel* en la sección 90 de la siguiente manera:

Capítulo 4. Formación de Contratos—Consideración

Tema 2. Contratos Sin Contraprestación:

§ 90 Promesa que induzca razonablemente a la acción u omisión

(1) Una promesa que el promitente debe razonablemente confiar en inducir una acción u omisión de un carácter definida y sustancial en el aceptante o una tercera persona y que induce dicha acción o abstención, es vinculante si la injusticia sólo

5. Existencia de una promesa clara y definida que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción u omisión por parte del aceptante (promesa y previsibilidad[1598] de la confianza).
6. Confianza razonable del aceptante o promisario en la promesa.
7. El promisario o aceptante experimentó un daño o detrimento al actuar de acuerdo y en confianza detrimental en la promesa.
8. Dicho daño debe ser resarcible en interés de la justicia, que puede ser el daño emergente (interés negativo, o daño de confianza), o también el interés positivo o lucro cesante (daño expectativo)[1599].

Como recordamos en el capítulo III, la *misrepresentation* (tergiversación), es una figura que alude a la conducta de una parte que es la de engañar, u ocultar información, a partir de representaciones (hechos) y no promesas. Esta definición se asemeja a la doctrina de la CIC en la figura de la obligación de informar y muchas veces en casos de RINP.

Asimismo, la temática de estudio de los próximos casos es la de resumirlos y luego proceder a analizar cómo dichos casos podrían ser resueltos por el PE del *common law*. Entonces sin más preámbulo estudiemos dichos casos.

2.- Análisis jurisprudencial de casos de la RINP a la luz del PE

A continuación, veremos algunos casos atinentes a la RINP, que los estudiaremos bajo la lupa del PE.

2.1. España

puede evitarse mediante la aplicación de la promesa. El remedio proporcionado por el incumplimiento de dicha promesa puede ser limitado en tanto la justicia lo demande.
(2) Una suscripción caritativa o un acuerdo de matrimonio es vinculante bajo la Subsección (1) sin prueba de que la promesa indujo a la acción o inacción.

[1598] En inglés sería "*forseeability*".

[1599] Cfr. *Signal Hill Aviation Co. v. Stroppe, 96 Cal.App.3d 627 (Cal. Ct. App. 1979)*, que lo veremos más adelante.

A). Caso Banco Vizcaya: STS 16-05-1988 (RJ 3673/1988)[1600]

a). Antecedentes del Caso

Este caso es un caso paradigmático en la jurisprudencia española porque sienta un precedente sobre el RINP (llamado CIC) y su conexión con el numeral 1902 del CCE (referido a la obligación de no dañar a terceros, que es el principio fundante de la responsabilidad extracontractual). De esta forma, en el sistema español, la CIC queda conectada con la responsabilidad extracontractual y no con una responsabilidad sui generis ajena al sistema extracontractual.

En este caso, los vecinos de Pamplona Daniel y Yolanda traen una demanda contra el Banco Vizcaya, S.A. y sus oficiales por daños provocados al amparo del numeral 1902 del CCE que prohíbe dañar a un tercero (*neminen laedere*). La Corte de Primera Instancia declaró fundada la demanda, luego la Corte de Apelaciones anuló la sentencia, pero la Corte de Casaciones revocó la apelación y concedió la demanda inicial. El caso trato un empleado del Banco Vizcaya (don Daniel) iba a ser trasladado a una oficina de Miami de la misma compañía, y en vista de tal promoción el empleado vende su automóvil y junto con su esposa presentan solicitudes de excedencia, e incurren en otros gastos de viaje. Finalmente, después de un año, el traslado no se produjo. Don Daniel plantea su demanda en el fuero laboral, que fue desestimada. Luego don Daniel y su esposa Yolanda recurren a la vía civil, exigiendo una indemnización de daños y perjuicios, al amparo del artículo 1902 del CCE. Recuérdese que el número 1902 del CCE reza: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."[1601]

En segunda instancia, se revoca la sentencia de primera instancia por cuanto se había cambiado la causa de acción, o sea había habido una incongruencia. En casación se solicita la nulidad del proceso por infracción del ordenamiento jurídico, requiriéndose la aplicación del artículo 1902 del CCE. Al final la resolución de la Sala queda revocada y la sentencia de primera instancia queda convalidada, y por ende la indemnización también quedaba convalidada.

La Corte de Casación claramente opinó que: "Se produce *culpa in contrahendo* cuando faltando relación contractual, sin embargo, la conducta de los demandados genera una violación

[1600] *Daniel y Yolanda v. Banco Vizcaya, S.A., et al*., STS 16-05-1988 (RJ 3673/1988), en adelante "Caso Banco Vizcaya".
[1601] Código Civil español (CCE). Art. 1902. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

del principio *neminen laedere*". El Tribunal claramente lo reseñó en el tercer fundamento de derecho:

> El problema del traslado del demandante don Daniel se trató seriamente, llegándose a un punto en el que dicho señor, con toda lógica y ateniéndose a las noticias que le dieron altos empleados de la indicada sociedad, demandados también en este litigio, debió pensar que su traslado a la Oficina de Miami (USA) estaba ya acordado y era además inminente lo que impulsó a los accionantes a adoptar disposiciones que resultaron, ante el fracaso de sus expectativas, claramente perjudiciales para sus intereses todo ello sobradamente justificativo de la existencia por parte de los demandados de una culpa "incontrahendo" que al faltar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio "neminen laedere", que determina la responsabilidad de los demandados, y al no entenderlo así el Juzgador de instancia es claro infringió el artículo 1.902 aplicable de conformidad con los que son hechos probados de la recurrida sentencia determinando la estimación de este primer motivo del recurso, sin que sea necesario el examen de los demás[1602].

La concepción que parece tener el Tribunal Supremo sobre la *culpa in contrahendo*, manifestada en este caso, sienta un precedente importante sobre la aplicación de la CIC y los principios aquilianos del sistema de responsabilidad extracontractual.[1603] La responsabilidad aquiliana se concibe como la alternativa justificante de la imposición indemnizatoria ante la falencia de una relación contractual: esta corrección que hace el Tribunal en el tercer Fundamento de Derecho, en el sentido de que tal culpa se ofrece como aquiliana al faltar relación contractual invita a pensar en la lógica contraria: si hay contrato válido y el mismo se mantiene (en el sentido de que no resulta anulado) no habrá *culpa in contrahendo*, sino un mal incumplimiento de los deberes contractuales.

b). Análisis del Caso

[1602] Tercer fundamento de derecho. STS 16-05-1988 (RJ 3673/1988).

[1603] En la Sentencia STS 15-10-2011 (6635/2011) [en adelante caso caso Suprasport"], la Corte sostuvo: "Esa responsabilidad se lleva por algunos - entre ellos, la recurrente - al ámbito contractual y por otros al extracontractual o al de un "tertium genus", como consecuencia de la extensión del deber de buena fe a los momentos preparatorios de la celebración de los contratos. La sentencia de 16 de mayo de 1988 destacó que" [...] una *culpa in contrahendo* [...] al faltar aquella relación contractual, se nos ofrece como aquiliana [...]". Por su parte, en la sentencia STS 23-12-2021 (RJ 4948/2021) [en adelante caso "Fomento de Construcciones") el Tribunal sostuvo: "Como afirmó la sentencia de esta sala de 16 de mayo de 1988, "la culpa in contrahendo, al faltar relacióncontractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principioneminem laedere". Esa responsabilidad extracontractual puede derivarse directamente tanto de dicha tesisjurisprudencial como de la teoría del abuso del derecho".

A nuestro parecer, en el caso *Vizcaya* no existe ningún contrato de compromiso, sea laboral o civil. Leyendo detenidamente los hechos vemos que este caso se parece mucho al caso del *common law Hoffman v. Red Owl Store*[1604] donde el dueño de una franquicia de comida (*Red Owl Store*) entra en negociaciones con el demandante *Hoffman* (que era dueño de un pequeño negocio) y basado en esas conversaciones *Hoffman* incurre en gastos como tickets de viaje, préstamos de dinero para pagarle la franquicia de *Red Owl Store*, cierra la tienda, se muda con su familia de una ciudad a otra para abrir el nuevo negocio bajo la franquicia de *Red Owl Store*, y al final *Red Owl Store* cambia de managers y se echa para atrás desconociendo todo tipo de promesas a Hoffman. Al final los gastos de *Hoffman* son resarcidos por el demandado porque el demandante confió en tales promesas que no se cumplieron. *Hoffman* y *Vizcaya* son casos parecidos pero resueltos de manera diferente.

Como vemos, ambos casos son similares (en los hechos y, sorprendentemente en el derecho también).

Los funcionarios del Banco Vizcaya entran en conversaciones con el demandante, don Daniel, y éste confía junto con su esposa Yolanda en tales promesas del banco de trasladar a Daniel a la oficina de Miami, y los demandantes incurre en gastos esperanzados en esas promesas: o sea hay un "*detrimental reliance*" una confianza generada por las promesas del banco de ser reubicado a otra sucursal de Miami. Incluso Daniel llega a vender su carro y realizar gastos de visas y de gestión, aunados a los perjuicios de Yolanda que renuncia a su trabajo.

Todos esos gastos son parecidos a los del caso *Hoffman* donde el demandante se presta dinero para comprar la franquicia de *Hoffman,* que era una cadena de comida, ante las promesas de los funcionarios de *Hoffman* de que el demandante tendría la franquicia de comida si cerraba su negocio y se mudaba a otra ciudad (cosa que Hoffman en efecto hizo al cerrar su negocio, mudarse a otra ciudad con su familia, prestarse $20,000 para pagar la franquicia de Red Owl[1605]). Entonces el demandante Hosffman, basado y confiado en tales promesas de Red Owl, en efecto cierra su restaurante, se presta dinero, se muda con su familia a otra ciudad y entrega $20 mil

[1604] *Hoffman v. Red Owl Store, Inc*., 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965).
[1605] Para que quede claro, *Red Owl* era una franquicia de restaurantes de comida, algo así como Mc Donalds o Kentucky Fried Chicken

dólares a los funcionarios de Red Owl para la compra de la franquicia. Al final tanto el demandante de *Hoffman* como el caso Vizcaya se quedan al aire y con gastos.

Lo sorprendente de esta magnífica sentencia del Banco Vizcaya es su parecido con la sentencia Hoffman. Leyendo la sentencia Vizcaya parece que estuviéramos leyendo la sentencia Hoffman, es su retrato prácticamente. Podemos esbozar ciertas similitudes, pero por lo pronto podemos analizar unas tres similitudes:

a). En Banco Vizcaya, los demandantes demandan utilizando el numeral 1902 del CCE, tal cual lo hizo Hoffman utilizando el PE como espada (y no solamente como escudo)[1606].

b). En *Vizcaya*, los demandantes solicitan un interés negativo (daño emergente), al igual que *Hoffman*.

c). En *Vizcaya*, el Tribunal Supreme no recurre al estudio de la "buena fe" como requisito de la responsabilidad aquiliana, pero sí estudia la confianza detrimental de los demandantes provocada por las representaciones de los demandados. Con ello, la figura del RINP (o CIC) a través del numeral 1902, queda equiparado a la PE.

Esta última semejanza nos hace concluir que es posible que un Tribunal llegue a resultados ejemplares como el del Banco Vizcaya, obviando imponer a la parte demandante la probanza del requisito de la "buena fe" (que es un elemento imprescindible en la responsabilidad extracontractual que impone el cumplimiento de un deber) y que al obviar este requisito hace que la acción impuesta sea más eficiente, al igual que el caso Hoffman.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Para establecer una reclamación por estoppel promisorio, el demandante generalmente debe probar: (1) la existencia de una promesa clara y definida, (2) una confianza razonable en la promesa, y (3) un detrimento como resultado de esa confianza[1607].

[1606] Cfr. Ngugi, J. M. (2007). Promissory Estoppel: The Life History of An Ideal Legal Transplant. *University of Richmond Law Review*, *41, 2, 5*, pp. 488-489.

[1607] En *Centner v. TMG Util. Advisory Servs.,* No. CV-22-00886-PHX-GMS (D. Ariz. Nov. 29, 2022), el tribunal establece tres elementos: (1) una promesa, (2) la previsibilidad razonable de la confianza, y (3) la confianza real.

Varios de los casos discuten los elementos de una reclamación por estoppel promisorio. *Brueck v. John Maneely Co*., 131 F. Supp. 3d 774 (N.D. Ind. 2015)[1608]; *Haig v. Dartmouth-Hitchcock Med. Ctr*., Civil Action 2:19-cv-179-kjd (D. Vt. Jan. 31, 2023)[1609]; y *Klaus v. Hilb, Rogal & Hamilton Co.*[1610], 437 F. Supp. 2d 706 (S.D. Ohio 2006)[1611]; todos mencionan el requisito de una promesa, la confianza razonable y la necesidad de hacer cumplir la promesa para evitar la injusticia.

[1608] Seguido por *Jones v. Brioche & Mayo, LLC*, 3:17CV829-PPS (N.D. Ind. May 24, 2018).

[1609] Seguido por *Cambridge Capital LLC v. Ruby Has LLC*, 20-cv-11118 (LJL) (S.D.N.Y. June 2, 2023).

[1610] Angela Klaus presentó una demanda contra su antiguo empleador, Hilb, Rogal & Hamilton Co. (BOA), alegando discriminación de género, violación de la Ley de Igualdad Salarial, despido en represalia, incumplimiento de contrato y estoppel promisorio. BOA contrademandó a Klaus por incumplimiento de una cláusula de no competencia en su contrato de trabajo. Klaus fue contratada por BOA en 2001 como productora en la División de Servicios Financieros, y su contrato de trabajo estipulaba que podía ser despedida con un aviso por escrito de 30 días, a menos que fuera despedida por fraude o mala conducta. El acuerdo también contenía una cláusula de no competencia, que prohibía a Klaus solicitar clientes o empleados de BOA durante dos años después de que terminara su empleo, así como una cláusula que prohibía a Klaus revelar "información confidencial". Inicialmente, a Klaus se le pagaba un salario, pero después de un año, se le pagaba a comisión. Klaus recibió varios premios por desempeño durante su empleo, pero se quejó de que no fue admitida en el Master's Club a pesar de cumplir con los objetivos de ventas. También se quejó de inexactitudes en sus cálculos de comisiones. BOA contrató a Dax Welsheimer en 2003, quien tenía un salario inicial más alto que Klaus. La demanda proporciona más contexto para la disputa entre Klaus y BOA, y la decisión del tribunal de denegar la moción de BOA para anular la declaración jurada complementaria de Klaus y permitir la introducción de los registros de ODJFS. El tribunal también esbozó las normas para el juicio sumario y los requisitos para establecer un caso prima facie en virtud de la Ley de Igualdad Salarial. El tribunal analizó si el género desempeñaba un papel en la diferencia salarial entre Klaus y Welsheimer, y si las razones de BOA para despedir a Klaus eran un pretexto para la discriminación. El tribunal finalmente rechazó la moción de BOA para un juicio sumario sobre estos reclamos. El tribunal también abordó las reclamaciones de Klaus por despido en represalia, estoppel promisorio e incumplimiento de contrato, así como las contrademandas presentadas por BOA contra Klaus. El tribunal discutió la aplicabilidad de la cláusula de no competencia en el contrato de trabajo de Klaus.

[1611] Seguido por *Easter v. Beacon Tri-State Staffing, Inc*., Civil Action 2:17-cv-197 (S.D. Ohio Oct. 17, 2017); *Williams v. United Steelworkers of Amer. Afl-Cio,* No. 1:09-CV-743 (S.D. Ohio May 27, 2011); *LifeBio, Inc. v. Eva Garland Consulting, LLC*, 2:21-cv-722 (S.D. Ohio July 14, 2023); *GeoShack Can. Co. v. Hendriks*, 3:19-cv-158 (S.D. Ohio Dec. 21, 2021); *Matco Tools Corp. v. Urquhart*, 435 F. Supp. 3d 802 (N.D. Ohio 2020); *Allstate Ins. Co. v. Papanek,* No. 3:15-cv-240 (S.D. Ohio Dec. 9, 2019); *Fritz v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co*., No.: 3:17-cv-433-TAV-HBG (E.D. Tenn. Aug. 12, 2019); *Cahoo v. SAS Inst. Inc.*, 377 F. Supp. 3d 769 (E.D. Mich. 2019); *Nance v. Kilpatrick,* No.: 1:18-CV-11-TAV-CHS (E.D. Tenn. Mar. 28, 2019); *Bethel v. Jenkins*, No. 2:15-cv-3016 (S.D. Ohio Feb. 25, 2019); *Sawyer v. KRS Biotechnology*, Inc., No. 1:16-cv-550 (S.D. Ohio Feb. 19, 2019); *Allstate Ins. Co. v. Papanek*, No. 3:15-cv-240 (S.D. Ohio July 23, 2018); *White v. Adena Health Sys*., No. 2:17-cv-593 (S.D. Ohio July 11, 2018); *84 Lumber Co. v. Thompson Thrift Constr., Inc*., Civil Action 2:15-cv-1052 (S.D. Ohio Mar. 20, 2018); *James v. Ocwen Loan Servicing, LLC*, No. 1:17-cv-0501 (S.D. Ohio Dec. 12, 2017); *Fid. & Deposit Co. of Md. v. Ohio Dep't of Transp.*, No. 1:16-cv-284 (S.D. Ohio Nov. 22, 2017); *D.P. Dough Franchising, LLC v. Southworth*, No. 2:15-cv-2635 (S.D. Ohio Sep. 26, 2017); *Dealer Specialties, Inc. v. Car Data 24/7,* Inc., No. 1:15-cv-170 (S.D. Ohio Sep. 23, 2016); *Arthur J. Gallagher & Co. v. Anthony*, No. 16-CV-00284 (N.D. Ohio Aug. 30, 2016); *Johnson v. Yonkers,* Civil Action No. MJG-15-237 (D. Md. Aug. 10, 2015); *Koba v. Ruby Tuesday, Inc.,* Case No: 1:13CV33 (N.D. Ohio Mar. 28, 2014); *Kehoe Component Sales Inc. v. Best Lighting Prods., Inc*., 933 F. Supp. 2d 974 (S.D. Ohio 2013); *Kehoe Component Sales Inc. v. Best Lighting Prods., Inc*., No. 2:08-CV-00752 (S.D. Ohio Mar. 19, 2013); *Ohio Council 8 Am. Fed'n of State, Cnty., & Municipal Emps. v. Brunner*, 912 F. Supp. 2d 556 (S.D. Ohio 2012); *Tradesmen International v. Professional Labor Support*, No. 10-2098 (C.D. Ill. June 7, 2011); *Joda, LLC v. Aviation Services International, LLC*, 06 Civ. 3043 (DAB) (S.D.N.Y. Sep. 29, 2009); *Day v. Bethlehem Center School District,* Civil Action No. 07-159 (W.D. Pa. May 9, 2008); *Abdulnour v. Campbell Soup Supply Co., L.L.C*., 464 F. Supp. 2d 711 (N.D. Ohio 2006); *Equal Employment Opp. Comm. v. Honda of America,* No. 2:06-cv-0233 (S.D. Ohio Oct. 12, 2006); *Price v. Kaiser Aluminum Fabricated Prods., LLC*, 2013 Ohio 2420 (Ohio Ct. App. 2013); *Grimsley v. Cain DDS, LLC,* 2012 Ohio 5273 (Ohio Ct. App. 2012); *Pitts-Baad v. Valvoline Instant Oil Change*, 2012 Ohio 4811 (Ohio Ct. App. 2012); Egli v. Congress Lake Club, 2010 Ohio 2444 (Ohio Ct. App. 2010); *Birch v. Cuyahoga County Probate Court*, 173 Ohio App. 3d 696 (Ohio Ct. App. 2007); *O'Brien v. Ohio State University*, 2007 Ohio 4833 (Ohio Ct. App. 2007); *Daff v. Associated Bldg. Suppliers, Inc.,* 2007 Ohio 3238 (Ohio Ct. App. 2007); entre otros.

Steele v. Fannie Mae, 134 F. Supp. 3d 191 (D.D.C. 2015)[1612] enfatiza la necesidad de una promesa "clara y definida"[1613].

Los casos también proporcionan orientación sobre cómo estos elementos podrían aplicarse a los hechos específicos del caso *Vizcaya*. *Brueck*[1614], por ejemplo, involucró a un empleador que retiró una oferta de trabajo después de que el empleado ya había renunciado a su trabajo anterior en confianza en la oferta. El tribunal encontró que las alegaciones del demandante establecían adecuadamente una reclamación por estoppel promisorio.

De manera similar, en *Haig*[1615], el tribunal encontró que el demandante podía prosperar en una reclamación de estoppel promisorio, aunque no existiera un contrato de empleo, porque el demandante confió en detrimento en la promesa de empleo.

[1612] Seguido por *E.M. v. Shady Grove Reprod. Sci. Ctr. P.C.,* 496 F. Supp. 3d 338 (D.D.C. 2020).

[1613] El demandante Christopher Steele alega que Fannie Mae prometió ponerlo en licencia administrativa en espera de la resolución de una segunda verificación de antecedentes, y que confió en esa promesa en su detrimento. Fannie Mae, sin embargo, argumenta que las declaraciones que la demandante alega que se hicieron en la reunión del 8 de mayo nunca ocurrieron. Afirman que el demandante fue advertido repetidamente sobre la importancia de proporcionar todos los alias durante el proceso de solicitud y que el hecho de no hacerlo podría llevar a su despido. Además, Fannie Mae afirma que se le advirtió al demandante que su falta de prueba de elegibilidad para el empleo conduciría a su despido. El tribunal debe evaluar cuatro preguntas para determinar si una reclamación de estoppel promisorio es válida, incluyendo si se hizo una promesa, si el promitente debería haber esperado que el prometiente confiara en la promesa, si el promitente confió en la promesa en su detrimento y si se produciría una injusticia por no hacer cumplir la promesa. El tribunal considera que la evidencia no es clara en cuanto a si Fannie Mae hizo una promesa a la demandante, ya que hay inconsistencias en el expediente. El reclamo de tergiversación fraudulenta del demandante finalmente fracasa debido a la falta de evidencia de la intención de engañar.

[1614] En el caso número 2:14-CV-227 JD, Kelly L. Brueck demandó a John Maneely Company, Inc. por incumplimiento de contrato, estoppel promisorio, enriquecimiento injusto, fraude y despido injustificado. JMC Steel solicitó que se desestimara la demanda en su totalidad, pero el juez magistrado solo recomendó que se desestimaran todas las reclamaciones, excepto la reclamación de estoppel promisorio. Ambas partes se opusieron a las recomendaciones del magistrado, pero el tribunal desestimó las objeciones y adoptó las recomendaciones. El caso gira en torno a una oferta de trabajo de la que JMC Steel se retractó después de que una verificación de antecedentes revelara discrepancias en la solicitud de Brueck. En última instancia, el tribunal determinó que Brueck había presentado adecuadamente una demanda de estoppel promisorio, pero desestimó la demanda de enriquecimiento injusto.

[1615] El Dr. Haig, un médico con más de veinte años de experiencia y certificación de la junta en Medicina Física y Rehabilitación (PM&R) y Medicina Ocupacional (OEM), ha solicitado múltiples puestos en Dartmouth a lo largo de los años. En octubre de 2018, expresó su interés en el puesto de jefe de sección OEM y fue considerado para el puesto por el Dr. Rothstein. Después de dos exitosas rondas de entrevistas, el Dr. Rothstein le dijo al Dr. Haig que quería que él fuera el próximo jefe de sección OEM, pero que todavía quedaban algunos asuntos por resolver. El Dr. Haig afirma que él y el Dr. Rothstein acordaron los términos materiales de su empleo, incluido el salario, el plazo y la fecha de inicio, y envió una carta al Dr. Rothstein para que lo ayudara con el proceso de negociación. Sin embargo, el Dr. Rothstein se sintió inseguro sobre la candidatura del Dr. Haig después de recibir información de un colega, y el Dr. Haig comenzó a tomar medidas para cerrar su práctica y reubicarse. Dartmouth presentó una moción de juicio sumario para desestimar todas las reclamaciones, que fue concedida por la reclamación por incumplimiento de contrato, pero denegada por las reclamaciones de estoppel promisorio y tergiversación negligente. En última instancia, el tribunal decidió que la ley de Vermont se aplicaría en el caso, y determinó que había disputas genuinas de hecho material con respecto a si el Dr. Rothstein le hizo una promesa al Dr. Haig, si el Dr. Haig se basó en esa promesa y si la injusticia podría evitarse haciendo cumplir la promesa.

Por otra parte, los daños por expectativa (interés positivo) a menudo son un remedio apropiado para reclamaciones de estoppel promisorio, pero los tribunales también pueden otorgar daños por confianza o restitución (interés negativo).

Por ejemplo, en *Dyna. Co. v. Clark Sull*., 127 Nev. Adv. Op. No. 41, 51758 (2011), 255 P.3d 286 (Nev. 2011)[1616], el tribunal hace referencia al Restatement (Second) of Contracts, que describe el estoppel promisorio como una promesa que el promitente debería razonablemente esperar inducir acción o abstención, y que efectivamente induce dicha acción o abstención. El Restatement también señala que la promesa es vinculante si solo se puede evitar la injusticia mediante su cumplimiento.

Los casos también abordan la disponibilidad de daños por expectativa para una reclamación de estoppel promisorio. En *Dyna. Co. v. Clark Sull*[1617], el tribunal específicamente afirma que "un otorgamiento de daños por expectativa a menudo es un remedio apropiado para

El tribunal también determinó que había cuestiones de hecho controvertidas relevantes para la demanda de tergiversación negligente del Dr. Haig.

[1616] Seguido por *Magnum Opes Constr. v. Sanpete Steel Corp*., No. 60016 (Nev. Nov. 1, 2013*); Bell v. Recontrust Co*., 587 F. App'x 402 (9th Cir. 2014); *Weitz Co. v. Hands, Inc*., 294 Neb. 215 (Neb. 2016); P*KG Contracting, Inc. v. Smith & Loveless, Inc.,* No. 20-CV-2646-JAR-KGG (D. Kan. Apr. 6, 2022); *Williamson v. Gunvalson*, 2:13-cv-01019-JAD-EJY (D. Nev. July 30, 2021); *Chemeon Surface Tech. v. Metalast Int'l, Inc*., 3:15-cv-00294-CLB (D. Nev. Feb. 23, 2021); *Gonzales v. Desert Land, LLC*, 2:15-cv-00915-RCJ-VPC (D. Nev. Mar. 27, 2018); *Branch Banking & Tr. Co. v. Hammer,* No. 2:15-cv-00573-MMD-NJK (D. Nev. Mar. 29, 2017); *Williamson v. Gunvalson*, Base Case No.: 2:13-cv-01019-JAD-GWF (D. Nev. Aug. 25, 2015); *Sloan v. Country Preferred Ins. Co*., No. 2:12-cv-01085-APG-PAL (D. Nev. May 15, 2014); *Walker v. Venetian Casino Resort, LLC*, 02:10-CV-00195-LRH-VCF (D. Nev. Oct. 3, 2012); U*.S. Bank Nat'l Ass'n ND v. Elender Escrow, Inc*., No. 4:11CV00123 JMM (E.D. Ark. Nov. 21, 2011); *Schwartzer v. Anheuser Busch, LLC (In re Draft Bars LLC),* BAP NV-21-1054-GTL (B.A.P. 9th Cir. Oct. 14, 2021); *Irish v. Ghadyan (In re Abulyan*), BAP No. NV-18-1219-KuLB (B.A.P. 9th Cir. Sep. 27, 2019); *Mitchell v. Nype,* No. 80693 (Nev. Sep. 23, 2022); *Michael Hohl Carson Valley v. Hellwinkel Family Ltd. P'ship*, No. 73285 (Nev. June 7, 2019); *Crowley v. Burke*, No. 62203 (Nev. Sep. 28, 2015); *Khan v. Bakhsh*, 306 P.3d 411 (Nev. 2013); *Davis v. Beling*, 278 P.3d 501 (Nev. 2012); *Halcyon Silver, LLC v. Evelynmoe*, No. 84299-COA (Nev. App. Mar. 24, 2023); *Sorenson v. Radel-Sorenson*, No. 70756 (Nev. App. July 27, 2018).

[1617] El documento discute una disputa entre Dynalectric y CS sobre un proyecto de obras públicas para expandir el UMC en Las Vegas. Después de que Dynalectric presentara una oferta para realizar el trabajo eléctrico y asegurara repetidamente a CS su precisión, CS incorporó la oferta a su propia oferta a UMC. Sin embargo, Dynalectric repudió sus obligaciones y se negó a negociar con CS, lo que llevó a CS a contratar a tres subcontratistas de reemplazo. CS demandó a Dynalectric por incumplimiento de contrato, y promissory estoppel, mientras que Dynalectric contrademandó por incumplimiento de un contrato implícito, fraude y violación del estatuto anti-licitaciones de Nevada. El tribunal de distrito falló a favor de CS en su reclamación de promissory estoppel, otorgando a CS $2,501,615 en daños y perjuicios, y rechazó las contrademandas de Dynalectric. Dynalectric apeló, argumentando que el tribunal de distrito aplicó la medida incorrecta de los daños, pero la Corte Suprema de Nevada confirmó la sentencia del tribunal de distrito, citando varios casos para respaldar la decisión de otorgar a CS la diferencia entre la oferta de Dynalectric y la cantidad que CS pagó a los tres contratistas de reemplazo.

reclamaciones de estoppel promisorio" y que el tribunal también puede otorgar daños por confianza o restitución.

Finalmente, en *Jackson v. Morse*, 152 N.H. 48 (N.H. 2005)[1618], el tribunal discute la distinción entre los daños por expectativa y por confianza, señalando que los daños por expectativa generalmente se otorgan cuando la promesa es clara o definida, mientras que los daños por confianza pueden ser apropiados cuando la promesa es vaga o poco clara[1619].

B). Caso Cement Roadstone España: STS 30-01-2008 (RJ 222/2008) [1620]

Cement Roadstone España, S.A. ("CRE") interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra Cementos Alfa, S.A., y otras compañías[1621], y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia mediante la que se declare:

> A) Declare la plena eficacia y validez del contrato de bases suscrito por las partes en Londres el 19 de noviembre de 1991.
>
> B) Declare asimismo el incumplimiento por parte de las Compañías demandadas de lo acordado en el citado contrato de bases.
>
> C) Condene a las referidas Compañías demandadas para que, dentro de un término perentorio, que se señale por el Juzgado, otorguen los contratos contemplados en dicho contrato de bases en los términos que en el mismo se establecen.

[1618] Seguido por *Lintner v. Bank of N.Y. Mellon*, Civil No. 12-cv-462-JL (D.N.H. Dec. 6, 2013); *Fin Brand Positioning, LLC v. Take 2 Dough Prods. Inc*., Civil No. 09-cv-405-JL (D.N.H. Dec. 22, 2011); *412 S. Broadway Realty, LLC v. Wolters*, 169 N.H. 304 (N.H. 2016); *Tolliver v. Visiting Nurse Assn*, 278 Neb. 532 (Neb. 2009); *Rallis v. Demoulas Super Markets*, 159 N.H. 95 (N.H. 2009); *State v. Johnson*, 951 A.2d 146 (N.H. 2008); *XTL-NH, Inc. v. N.H. State Liquor Comm'n,* No. 217-2013-CV-119 (N.H. Super. Sep. 6, 2016).

[1619] En el caso *Jackson v. Morse*, la Corte Suprema de New Hampshire Belknap abordó una serie de cuestiones, incluida la medida de los daños, la preservación de la apelación y las preguntas de error, el estoppel promisorio y las instrucciones del jurado. El tribunal enfatizó la importancia de las instrucciones del jurado y el deber del tribunal de primera instancia de instruir correctamente al jurado. El tribunal también discutió las diferentes medidas de daños que pueden ser apropiadas en un caso de estoppel promisorio, señalando que la elección entre medidas alternativas depende de una determinación fáctica por parte del jurado. El tribunal aclaró además que el valor de la promesa es la medida presunta de los daños y perjuicios, pero que los daños por confianza pueden ser apropiados en ciertos casos. Finalmente, el tribunal dictaminó que el tribunal de primera instancia no se equivocó al no otorgar los honorarios de los abogados a los demandantes.

[1620] *Cement Roadstone España, S.A. v. Cementos Alfa, S.A., et al,* STS 30-01-2008 (RJ 222/2008), en adelante *Caso Cement Roadstone.*

[1621] Cementos Portland, S.A., Portland Valderribas, S.A., Cementos Noroeste, S.L., Portland Iberia, S.A., Cementos Rezola, S.A., Cementos Portland Morata de Jalón, S.A., Sociedad Anónima Española de Cementos Portland (Cementos Hispania, S.A.), Cementos Tudela Veguin, S.A., Cementos La Robla, S.A., Cementos Cantábrico, S.A., Cementos Lemona, S.A., Cementos Hontoria, S.A, y Cementos Asland, S.A.

D). Daños y perjuicio (daño emergente).[1622]

En el segundo fundamento de hecho, la sentencia expone que el recurso de apelación interpuesto contra la anterior sentencia por la representación procesal de Cement Roadstone España, S.A., ("CRE") la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de septiembre de 2000 , cuya parte dispositiva es como sigue:

> FALLAMOS: Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad Cement Roadstone España, S.A. contra la sentencia que con fecha cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho pronunció el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número veinte de Madrid debemos confirmar y confirmamos en su integridad dicha resolución, con expresa imposición de las costas de la apelación a dicha recurrente.

La sentencia bajo análisis presenta el primer fundamento de derecho en el cual expone que la cuestión esencial a resolver en este proceso, tanto en la instancia como en casación, es la calificación jurídica del acuerdo celebrado en Londres en fecha 19 de noviembre de 1991 entre la demandante y recurrente en casación Cement Roadstone España, S.A. a la que denomina "CRE" y las sociedades demandadas a las que llaman en conjunto, las "cementeras"[1623].

[1622] D) Se determine en la Sentencia que caso de no producirse tal cumplimiento se procederá en la forma ordenada en el art. 924 de la LEC.
E) Subsidiariamente y para el caso de que no fuera posible el cumplimiento total del contrato de bases, se condene a las Compañías demandadas a su cumplimiento parcial y a dicho efecto proceda:
a) A condenar a las Compañías demandadas.
a otorgar la escritura de compraventa de la instalación industrial de Roa de Duero a la que se refiere el contrato, directamente, por partes iguales, en común y proindiviso y, consecuentemente, a que paguen a Cement Roadstone España S.A. mancomunadamente y por partes iguales la cantidad de 860.000.000 de pesetas, importe correspondiente al precio convenido por dicha venta.
b) A condenar también a dichas Compañías demandadas a que paguen igualmente de forma mancomunada y por partes iguales a Cement Roadstone España, S.A. la cantidad correspondiente al interés legal de dicha suma de 860.000.000 de pesetas desde la fecha en que debió de cumplirse tal obligación, es decir el 19 de febrero de 1992, hasta la fecha en que se efectúe el pago.
c) A condenar igualmente a dichas Compañías demandadas a satisfacer mancomunadamente y por partes iguales el importe de los daños y perjuicios irrogados a Cement Roadstone España, S.A. por la inejecución del resto del contrato, cuya determinación se realizará en fase de ejecución de Sentencia sobre las bases establecidas en el Fundamento Jurídico IV de esta demanda y cuyo importe mínimo se estima inicialmente en 400.000.000 de pesetas.
f) Subsidiariamente a todo lo anterior y para el improbable supuesto de no estimarse los anteriores pedimentos de condena, por la imposibilidad de su cumplimiento, se declare la resolución de dicho contrato de bases y se condene a las Compañías demandadas a satisfacer al mandante la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios que de dicho incumplimiento se le han irrogado, cuya exacta determinación se realizará en fase de ejecución de Sentencia sobre las bases así mismo establecidas en el Fundamento Jurídico IV de la demanda y cuyo importe mínimo se establece inicialmente en 600.000.000 de pesetas.
g) Se condene a las Compañías demandadas al pago de las costas del presente juicio si se opusieran a las anteriores pretensiones.

[1623] El texto de dicho acuerdo es éste:
1) Plazo. - Con el fin de desarrollar el Producto, ambas partes acuerdan trabajar conjuntamente durante un periodo inicial de diez años, prorrogable en los términos que luego se dirá.

El primer fundamento de derecho de la sentencia considera que la empresa CRE interpuso una demanda de acción de declaración sobre el cumplimiento y acción de condena a otorgar escritura de compraventa de una instalación industrial, pero fue desestimada por el juzgado y confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid. Ambas instancias coincidieron en que el documento inicial firmado por ambas partes no contenía todos los elementos necesarios para dar vida jurídica a los contratos que habían de celebrarse y que, por lo tanto, no se trataba de un contrato sino de un precontrato sujeto a posteriores negociaciones. La empresa demandante interpuso un recurso de casación en cinco motivos, los cuales se dividen en dos grupos: los dos primeros alegan incongruencia y los tres restantes defienden el derecho a exigir el cumplimiento o la indemnización de daños y perjuicios basados en la naturaleza de precontrato.

---

2) Procedimiento v precio. - Para llevar a cabo la colaboración pactada entre ambas partes, las Cementeras constituirán una sociedad (en adelante "Sociedad A") que comprará a CRE todos los activos de su propiedad (terreno, nave, maquinaria y los demás que se acuerden) situados en Roa para la fabricación del Producto.
La compraventa será por un precio de ochocientas sesenta millones de pesetas, que se pagarán al contado en el acto de la compraventa.
3) Régimen de explotación. - CRE y la Sociedad A constituirán al 50% de participación cada una de ellas, otra Sociedad (en adelante "Sociedad B").
Será objeto social de la Sociedad B la explotación de los activos industriales mencionados en el pacto 2) anterior y el desarrollo del Producto. En su consecuencia, todas las inversiones y decisiones que se tomen en la Sociedad B, estarán dirigidas a dicho objetivo.
La Sociedad B se subrogará en los contratos vigentes de CRE relativos al aprovisionamiento de materias primas para la fabricación del Producto.
La gestión operativa de la Sociedad B se encomendará a CRE según términos a establecer.
4) Arrendamiento. - La Sociedad B concertará con la Sociedad A un arrendamiento con opción de compra, de los activos transferidos a la Sociedad A a que se refiere el pacto 2) anterior.
Como precio del arrendamiento-compra que se pactará por un plazo de diez años, se fijará el principal de ochocientos sesenta millones de pesetas más el coste financiero en que razonablemente incurra la Sociedad A, para llevar a cabo la compra a que se refiere el pacto 2) anterior.
Transcurrido el citado período de diez años, la Sociedad B devendrá propietaria de los activos a que se refiere el pacto 2) anterior.
5) Compraventa del Producto. - Ambas partes concertarán con la Sociedad B sendos contratos de compraventa del Producto, cada uno de ellos por el 50% de la producción de la Sociedad B, bajo la modalidad de "take or pay", durante la vigencia del arrendamiento-compra a que se refiere el pacto 4) anterior y las posibles prórrogas que tengan lugar al amparo de lo previsto en el pacto 6) siguiente.
El precio del suministro será el del coste de producción para la Sociedad B, incluyendo todos los costes directos e indirectos.
Las Cementeras podrán usar para sí o para sus filiales el Producto, o distribuirlo a terceros dentro de las limitaciones impuestas en el contrato, que solamente podrán exceptuarse con el consentimiento escrito de CRE. Por su parte CRE consumirá el Producto adquirido o lo distribuirá a terceros dentro de las limitaciones impuestas en el contrato, que solamente podrán exceptuarse con el consentimiento escrito de las Cementeras.
El incumplimiento de las limitaciones impuestas en los contratos de compraventa dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados.
6) Prórrogas. Opción de compra Y de venta. - Transcurrido el período inicial de diez años de vigencia del presente acuerdo, el mismo se prorrogará por períodos anuales sucesivos, salvo que alguna de las partes lo denuncie por escrito con una antelación no superior a cuatro meses ni inferior a tres meses a la fecha determinación del período inicial o de cualquiera de las prórrogas anuales sucesivas. La parte que denuncie el contrato fijará un precio para la Sociedad B, y la otra parte deberá decidir en el plazo máximo de un mes, a contar desde la notificación, si vende su parte en la Sociedad B a dicho precio o si, a ese mismo precio, compra la parte del denunciante.
7) Plazo de ejecución. Incumplimiento. - Lo dispuesto en el presente documento deberá ejecutarse mediante la formalización de los documentos y actuaciones legales precisas antes de los tres meses siguientes a partir de la firma de este documento, salvo acuerdo de las partes para prorrogar dicho término.

De acuerdo con la información proporcionada, el documento en cuestión no cumple con los requisitos para ser considerado un precontrato, ya que faltan elementos esenciales para su ejecución, como la determinación exacta del objeto, los presupuestos de las sociedades y otros elementos importantes.

Por otro lado, se menciona la posibilidad de que exista una responsabilidad por *culpa in contrahendo* si alguna de las partes incumple injustificadamente los tratos previos y causa un daño a la otra parte. En este caso, la parte que ha ocasionado la ruptura injustificada tendría la obligación de reparar el daño causado, siempre que le sea imputable dicha ruptura.

El segundo fundamento de derecho considera dos cuestiones jurídicas importantes:

> Dos cuestiones jurídicas son, pues, esenciales y deben ser tratadas: la del concepto y efectos del precontrato y la procedencia de la *culpa in contrahendo*.
>
> El precontrato es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (sentencia de 4 de julio de 1991), conteniendo ya los elementos del contrato definitivo, pero cuya perfección las partes aplazan (sentencia de 3 de junio de 1994); es ya un contrato completo, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo (sentencia de 23 de diciembre de 1995); la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado (sentencia de 11 de mayo de 1999). Siendo de destacar (lo que recoge la sentencia de 11 de abril de 2000 en un caso de precontrato unilateral) que es esencial, en su concepto, el que "no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo"* (tal como dicen literalmente las sentencias de 23 de diciembre de 1991 y 17 de marzo de 1993 y reiteran las de 16 de octubre de 1997 y 15 de diciembre de 1997).
>
> La *culpa in contrahendo*, a su vez, nace de la ruptura injustificada de unos tratos previos que han producido un daño probado a una de las partes, naciendo para la que ha ocasionado la ruptura la obligación de repararlo, basada en el artículo 1902 de la Código civil siempre que le sea imputable la misma.

> Aplicando los conceptos al caso presente, se estima, conforme a la calificación hecha por las sentencias de instancia, que no se trata de un precontrato porque le faltan los elementos mínimos para poder ejecutarse: no se concreta el objeto (no se determina con exactitud el terreno, los materiales y "demás que se acuerden" dice el pacto 2), no se fijan los presupuestos de las sociedades (estatutos, presidencia, órgano de administración, dirección... ni siquiera el tipo de sociedad) y tampoco otros elementos (como coste financiero que "razonablemente" incurra). Es decir, se trata de un convenio o acuerdo (incluso con mandatarios verbales, cuya existencia se discute) que tiene por objeto la continuación (como efectivamente se produjo) de acuerdos (que no se obtuvieron) y que, **si ambos actúan de buena fe** y llegan a posteriores acuerdos, queda cumplido este primer convenio a modo de proyecto o acuerdo de bases, pero si no se obtienen, no se puede exigir su cumplimiento ni indemnización de daños y perjuicios.
>
> En definitiva, no es un precontrato ni mucho menos un contrato y no se ha acreditado la existencia de *culpa in contrahendo* por ninguna de las partes[1624]. (Segundo Fundamento de Derecho).

Una vez que el alto tribunal determina que no existe un precontrato o un preacuerdo, seguidamente, pasa a analizar si se puede aplicar la teoría de la *culpa in contrahendo*. Para ello analiza si el numeral 1902 del Código Civil puede venir al socorro de dicha doctrina. De esta forma, el segundo considerando sostiene:

> Que no cabe imputar a ninguna de las partes el no llegar a buen término las negociaciones que eran necesarias para hacer efectivo el mismo. Por lo cual, no puede una de ellas exigir a la otra el cumplimiento o la indemnización.
>
> El motivo quinto del recurso de casación alega la infracción del artículo 1902 del Código civil por la sentencia de instancia al no reconocer la *culpa in contrahendo* y el derecho a percibir indemnización de los daños y perjuicios. El motivo se rechaza por la misma razón que el anterior, el olvidar que la casación no es una tercera instancia y el hecho de que a ninguna de las partes pueda imputarse el fracaso de negociaciones, es hecho que no se altera en casación. Tanto más cuanto en este motivo del recurso se afirma que se le causaron daños "como consecuencia de la ruptura unilateral por las demandadas de la relación existente entre las partes" y esto no es así; en modo alguno se ha probado, tal como declaran las sentencias de instancia, que hubiera tal ruptura unilateral por una de las partes.

[1624] STS 30-01-2008 (RJ 222/2008).

En España podemos ver la RINP (subespecie de CIC) en el artículo 1902 del actual Código Civil Español (CCE), que a la letra dice[1625]: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado." Como vimos en el capítulo I de este trabajo, la única forma de tratar la CIC (o el RINP específicamente) como doctrina en España es a través de recurrir al numeral 1902 del CCE, que está destinado a la responsabilidad extracontractual. (Tomás Martínez, 2010, p. 192).

Entonces, como el RINP (como especie de la CIC) es parte del sistema extracontractual español, es necesario demostrar que hay la violación de un deber impuesto por la ley, en nuestro caso del RINP, el deber de negociar de buena fe en la etapa precontractual, que es la característica ínsita del concepto de RINP[1626].

Siguiendo el razonamiento del Tribunal, no existe un precontrato por cuanto el acuerdo de Londres se reputa como un acuerdo imperfecto sin las formalidades que caracterizan un contrato. De modo que el Tribunal piensa que no existe responsabilidad contractual por cuanto el precontrato no califica como contrato.

Luego el Tribunal desestima la idea de aplicar la teoría del RINP por cuanto considera que ninguna de las partes ha demostrado que hubo una ruptura injustificada de negociaciones preliminares.

Recordemos que en este caso el demandante demanda la ejecución forzosa del precontrato de Londres del 19 de noviembre de 1991 -que establecía los parámetros de un futuro contrato de suministro y de compraventa- al amparo del numeral 1124 del Código Civil Español[1627] que dice:

> La parte perjudicada podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Además, si el perjudicado opta por exigir el cumplimiento, podrá pedir la resolución más tarde si el cumplimiento resulta imposible.

[1625] Código Civil español (CCE). Art. 1902. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).
[1626] Para un estudio más detallado del RINP y de la CIC y de la obligación de negociar de buena fe, remitimos al lector al capítulo I y II de este trabajo.
[1627] Código Civil español (CCE). Art. 1124. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

En este último sentido discrepamos con la decisión del Tribunal y nos aventuramos a pensar cuál podría haber sido la respuesta del PE y cómo el PE lo podría haber resuelto.[1628]

b). Análisis del Caso

Para el PE no existe la obligación de negociar de buena fe, y con ello el PE se distingue del sistema de responsabilidad extracontractual que impone un paso extra y oneroso en el demandante, con ello el peso queda más ligero, procesalmente hablando.

Para el PE lo que interesa es determinar, sin adentrarnos a estudiar si hubo o no mala fe en las partes contratantes[1629], si el demandante confió en su propio detrimento en las promesas del demandado, y a consecuencia de dicha confianza incurre en gastos que deben ser resarcibles. En el caso sub judice, está claro que el demandante confió en las promesas de las cementeras en su propio detrimento. Confió en el "precontrato" o en el acuerdo de Londres por el cual las partes se iban a comprometer a crear compañías para proceder a un futuro contrato de compraventa y suministro, todo valorizado en 860 millones de pesetas.

Sin necesidad de entrar a debatir si el precontrato es en realidad un contrato o no (el Tribunal pensó que no), es -no cabe duda- una promesa, una representación hecha por las cementeras y en la que CRE confió en su propio detrimento. CRE tiene el derecho a demandar, tal vez no la ejecución forzosa (por la indefinición del contrato preliminar) pero sí los daños incurridos por la demandante en confianza detrimental en las promesas del demandado. El PE, a diferencia del estoppel inglés, puede ser usado como escudo (defensa) pero también como espada[1630] (como una acción) (Knapp, C. 1998, pp. 1245-1246). y proceder a demandar a las cementeras por daños.

c). El Caso en el Sistema del Common Law

Los casos consultados sugieren que se puede presentar una demanda bajo los principios de estoppel promisorio incluso cuando un contrato preliminar no está bien definido, siempre y cuando el demandante pueda establecer los elementos del estoppel promisorio.

[1628] Para un estudio detallado del PE remitimos al lector al estudio de dicha institución el capítulo V de este libro.
[1629] Si hubo mala fe entonces habría "misrepresentation" o "fraude", figuras estudiadas en el capítulo III de esta obra.
[1630] Para un estudio sobre el PE usado como espada (no solamente como escudo), remitimos al lector a la lectura atenta del capítulo V.

Varias de las autoridades examinan los elementos del estoppel promisorio, que generalmente incluyen: 1) una promesa hecha por el promitente, 2) una confianza razonable y previsible por parte del promitente, 3) una confianza real del promitente en su detrimento, y 4) la necesidad de hacer cumplir la promesa a fin de evitar injusticias.

En el caso *Hirtle Callaghan Holdings v. Thompson*, Civil Action No. 18-2322 (E.D. Pa. Sep. 30, 2020)[1631], el tribunal permitió que procediera una reclamación de estoppel promisorio a pesar de que las partes habían celebrado un contrato ejecutable[1632].

El caso *Dyna. Co. v. Clark Sull*., 127 Nev. Adv. Op. No. 41, 51758 (2011), 255 P.3d 286 (Nev. 2011)[1633], de Nevada, analiza la medida de los daños aplicables a las reclamaciones de estoppel promisorias, y el caso *Ridgeline Capital Partners, LLC v. Midcap Fin. Servs., LLC*, 340 F. Supp. 3d 1364 (N.D. Ga. 2018)[1634], de Nueva Jersey, distingue entre las reclamaciones basadas en contratos y las reclamaciones de estoppel promisorio. Ambos casos sugieren que el estoppel promisorio es un remedio viable en ciertas circunstancias, incluso cuando un contrato no es ejecutable.

El caso *Dyna,* es relevante porque analiza la medida de los daños aplicables a las reclamaciones de estoppel promisorio y aborda específicamente una situación en la que un subcontratista repudió sus obligaciones con un contratista general. La Corte sostuvo:

> En esta apelación, abordamos la medida de los daños y perjuicios aplicables a las reclamaciones de estoppel promisorio. Adoptamos un enfoque flexible como se sugiere en la Reformulación (Segunda) de los Contratos y aplicamos los mismos factores que tienen que ver con el alivio de estoppel promisorio al remedio otorgado por el incumplimiento.

[1631] Seguido por

[1632] Este *Hirtle Callaghan Holdings v. Thompson*, se decidió el 30 de septiembre de 2020 en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Pensilvania. Los demandantes, Hirtle Callaghan Holdings Inc. y Hirtle, Callaghan & Co., LLC, alegan que el demandado, Curt R. Thompson, violó los convenios en los acuerdos de compra de acciones y se apropió indebidamente de secretos comerciales. Las contrademandas del Sr. Thompson incluyen incumplimiento de contrato, estoppel promisorio, incumplimiento del deber fiduciario y violaciones de la Ley de Pago y Cobro de Salarios de Pensilvania, la Ley de Pago y Cobro de Salarios de Delaware y las leyes salariales de Arizona. Además, el Sr. Thompson solicita una reparación declaratoria, alegando que Hirtle cambió el mecanismo de valoración de acciones, lo que redujo el valor de sus acciones. El tribunal concedió la moción de los demandantes para desestimar algunas de las contrademandas del Sr. Thompson, pero no desestimó la demanda de reparación declaratoria.

[1633] Este caso lo analizamos en el apartado anterior, referido al caso *Banco Vizcaya*.

[1634] Seguido por *Old Mo. Bank v. Vinyard*, Civil Action 1:22-CV-2685-TWT (N.D. Ga. July 10, 2023); *CasKim, LLC v. Carver Bible Coll.,* 1:22-cv-1864-MLB (N.D. Ga. Feb. 8, 2023); *Beasley Forest Prods., Inc. v. N. Clearing, Inc*., 515 F. Supp. 3d 1367 (S.D. Ga. 2021); *Heat Techs. v. Koehler,* Civil Action No. 1:18-cv-01229-SDG (N.D. Ga. June 5, 2020); *BH Hasid, LLC v. IA Daron Vill., LLC*, Civil Action No. 1:19-cv-03509-SDG (N.D. Ga. Jan. 28, 2020).

> En términos generales, Nevada sigue la doctrina del estoppel promisorio articulada en la Reafirmación (Segunda) de Contratos. Véase *Vancheri v. GNLV Corp.*, 105 Nev. 417, 421, 777 P.2d 366, 369 (1989).
> El recurso concedido en caso de incumplimiento puede limitarse según lo exija la justicia[1635].

Por otro lado, el caso *Ridgeline*[1636], es relevante porque discute los elementos de un reclamo de estoppel promisorio bajo la ley de Georgia y analiza si la confianza del demandante en la promesa del demandado fue razonable. La Corte sostuvo en este caso:

> El supuesto comprador, el demandante Ridgeline, ha demandado a los dos demandados (colectivamente, "MidCap") bajo las teorías de incumplimiento de contrato, estoppel promisorio y enriquecimiento injusto.
> Tras el impago del préstamo, MidCap le dijo a Ridgeline que tenía la intención de ejecutar la hipoteca de la propiedad y que, después de hacerlo, vendería la propiedad a Ridgeline en los mismos términos: un precio de compra de 5,7 millones de dólares y MidCap financiaría 5 millones de dólares del precio de compra a una tasa de interés acordada.
> Argumenta que, antes de la venta por ejecución hipotecaria, MidCap prometió verbalmente vender a Ridgeline la propiedad y que Ridgeline se basó razonablemente en esa promesa y, por lo tanto, tiene derecho a hacerla cumplir. MidCap responde que la doctrina del estoppel promisorio no se aplica en este caso y que, incluso si lo hiciera, Ridgeline perdería porque cualquier confianza que Ridgeline depositara en la supuesta promesa verbal de venta de MidCap no era razonable desde el punto de vista jurídico.
> Está codificado en O.C.G.A. § 13-3-44, aunque los tribunales de Georgia permitieron las reclamaciones de estoppel promisorio incluso antes de su codificación.

En general, las autoridades sugieren que una parte puede demandar en virtud de un estoppel promisorio para recuperar daños y perjuicios cuando no se cumple un contrato preliminar, siempre que la parte pueda demostrar que confió razonablemente en las promesas hechas por la parte incumplidora y sufrió un perjuicio como consecuencia de ello.

[1635] *Dyna. Co. v. Clark Sull*., 127 Nev. Adv. Op. No. 41, 51758 (2011), 255 P.3d 286 (Nev. 2011).

[1636] Este caso analiza una transacción fallida de venta de bienes raíces entre Ridgeline Capital Partners, LLC y Midcap Financial Services, LLC. Ridgeline está demandando a MidCap por incumplimiento de contrato, estoppel promisorio y enriquecimiento injusto, mientras que MidCap ha presentado una moción para desestimar el caso. La disputa se originó a partir de una oferta rechazada por el prestatario moroso, lo que llevó a MidCap a prometer vender la propiedad a Ridgeline después de la ejecución hipotecaria. Sin embargo, MidCap se retiró más tarde del acuerdo. Las dos partes no están de acuerdo sobre si se formó un contrato verbal vinculante, y MidCap argumenta que el estatuto de fraudes requiere que el acuerdo sea por escrito. Aunque Ridgeline afirma que hubo suficiente cumplimiento parcial para eliminar el acuerdo de la ley de fraudes, el tribunal no está de acuerdo. El documento también analiza la base legal del estoppel promisorio y los argumentos de MidCap contra las reclamaciones de Ridgeline.

C). Caso Gata Capital: STS 11-02-2016 (RJ 502/2016)[1637]

En el caso, Gata Capital, S.L. demandó a Valle de Brea, S.L., junto con Don Alfredo y Don Argimiro, por dos asuntos: un contrato relacionado con la cesión de una parcela de tierra para una futura construcción, y un contrato de enriquecimiento injusto. Gata Capital buscaba una indemnización por daños y perjuicios. Los demandados, por su parte, buscaron ser absueltos de estas acusaciones.

Inicialmente, el tribunal dictó una sentencia que favorecía parcialmente a Gata Capital, ordenando a Don Alfredo y Don Argimiro indemnizar a Gata Capital. Sin embargo, después de que los demandados apelaran, la sentencia fue modificada. En la apelación, Don Alfredo fue absuelto y Gata Capital fue condenada a pagar las costas del juicio. Esta decisión llevó a Gata Capital a interponer un recurso de casación.

En la segunda instancia judicial, el tribunal reconoció el derecho de Don Alfredo a recibir una retribución por sus servicios de mediación, conforme al contrato establecido entre las partes. Esta decisión implicaba un cambio significativo respecto a la sentencia inicial, y reflejaba un análisis más detallado de las obligaciones contractuales y los derechos de las partes involucradas en el caso.

La sentencia de segunda instancia confirma que don Alfredo tiene derecho a la retribución pactada por haber realizado todas las funciones mediadoras a las que se comprometió. Es decir, se reconoce el derecho del mediador a su retribución en virtud de lo acordado en el contrato de mediación. Este derecho a la retribución del mediador es una cuestión diferente a la posible responsabilidad precontractual de la cedente en la frustración de la cesión proyectada.

[1637] El caso es *Gata Capital, S.L. v. Valle de Brea, S. L.*, en adelante "Caso Gata Capital".

El tribunal tuvo en consideración que se realizaron tres contratos de opción entre Gata Capital y Valle de Brea, por medio del cual el plazo se extendió tres veces[1638].

El Tribunal opinó en el primer fundamento de derecho que no se podía aplicar la teoría de la responsabilidad precontractual. En este caso, se señala que ambas instancias coinciden en que la parte cedente (demandada Valle de Brea) no actuó de mala fe o dolo en la conducta que llevó a la conclusión de tres contratos consecutivos de cesión. La complejidad del curso negocial se destaca como una de las razones detrás de la falta de intención maliciosa por parte de la parte cedente.

[1638] i) Escritura pública de cesión de suelo por obra futura, de 23 de diciembre de 2004.
"CLÁUSULAS
PRIMERA.- Don Agapito y Doña Elvira conceden a GATA CAPITAL S.L. que acepta, un derecho de opción decesión de solar por obra futura sobre la finca descrita en el considerando I.
SEGUNDA.- El plazo para el ejercicio de la presente Opción expira el día 25 de Abril de 2.005. Dentro del mencionado plazo la optante podrá requerir a los concedentes, para que, compareciendo ante el notario señalado posteriormente, otorguen la correspondiente escritura de cesión de solar a favor de aquella.
[...]
DECIMOCUARTA.- La presente operación de cesión de solar, devengará a favor de Don Alfredo , mayor de edad, casado, de profesión Abogado, una comisión por sus servicios de mediación, por importe de DOSCIENTOSCUARENTA MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS (Son 240.404 ?), a cargo de GATA CAPITAL S.L., y deberá ser abonada de la siguiente forma: 40.404 ? a la firma del presente documento; y el resto, es decir, 200.000 ?, en el acto de la firma de la Escritura pública de Cesión".
ii) Contrato privado de opción de cesión de solar por edificación futura de 21 de abril de 2005.
"CLÁUSULAS
PRIMERA.- Don Agapito y Doña Elvira conceden a GATA CAPITAL S.L. que acepta, un derecho de opción decesión de solar por obra futura sobre la finca descrita en el considerando I.
SEGUNDA.- El plazo para el ejercicio de la presente Opción expira el día 27 de Junio de 2.005. Dentro del mencionado plazo la optante podrá requerir a los concedentes para que, compareciendo ante el notario señalado posteriormente, otorguen la correspondiente escritura de cesión de solar a favor de aquella.
DECIMOCUARTA.- La presente operación de cesión de solar, devengará a favor de Don Alfredo , mayor de edad, casado, de profesión Abogado una comisión por sus servicios de mediación, por importe de DOSCIENTOSCUARENTA MIL CUATROCIENTAS CUATRO EUROS (Son 204.404 ?), a cargo de GATA CAPITAL S.L., y deberá ser abonada de la siguiente forma: 40.404 ?, los cuales han sido abonados con anterioridad a la firma del presente documento; y el resto, es decir, 200.000 ? , en el acto de la fuma de la Escritura pública de Cesión".
iii) Contrato privado de opción de cesión de solar por edificación futura, de 14 de julio de 2005.
"CLÁUSULAS
PRIMERA.- VALLE DE BREA S.L. concede a GATA CAPITAL Si. que acepta, un derecho de opción de cesión desolar por obra futura sobre la finca descrita en el exponiendo I.
SEGUNDA.- El plazo para el ejercicio de la presente Opción expira el día 30 de Noviembre de 2.005. Dentro del mencionado plazo la optante podrá requerir a la concedente, para que, compareciendo ante el notario señalado posteriormente, otorgue la correspondiente escritura de cesión de solar a favor de aquella.
[...]
DECIMOTERCERA.- La presente operación de cesión de solar, devengará a favor de Don Alfredo , mayor de edad, casado, de profesión Abogado, una comisión por sus servicios de mediación, por importe de DOSCIENTOSCUARENTA MIL CUATROCIENTOS CUATRO EUROS (Son 240.404 ?), a cargo de GATA CAPITAL S.L., de los cuales40.404 ?, han sido abonados con anterioridad a la firma del presente documento; y el resto, es decir, 200.000 ?,son abonados en este acto".

En particular, se menciona un acta de manifestaciones de 30 de noviembre de 2005, por la que se señalaba que el contrato de cesión había expirado por el transcurso del plazo de opción. La Audiencia destaca que la parte cedente no actuó de mala fe en relación a la pretendida ocultación de esta acta, ya que la cesionaria (demandante Gata Capital) fue informada de la misma por otra persona y, a pesar de ello, siguió negociando con la cedente (demandada Valle de Brea). Además, se señala que el anticipo entregado por la demandante a la cedente en febrero de 2006 demuestra que la demandante era consciente de la eventualidad del contrato referido en el acta de manifestaciones y que el cedente se obligaba a devolver la cantidad entregada si el contrato finalmente no se celebraba.

Específicamente la Corte se enfocó en que, al no haberse ejecutado el contrato principal de cesión, entonces no había razón para valorar si existía o no responsabilidad precontractual, como lo asevera el Tribunal en la sentencia *sub judice*:

> En el motivo primero, la parte recurrente lo que en realidad cuestiona es la valoración de la prueba realizada por la sentencia de la Audiencia, especialmente respecto del error consistente en **la no apreciación de la mala fe de la cedente en orden a generar una confianza legítima en la cesionaria sobre la continuidad del negocio inmobiliario proyectado.** Dicho cuestionamiento de la base fáctica, como reiteradamente ha señalado esta Sala, resulta improcedente en el marco del recurso de casación. Por lo que el motivo debe ser desestimado.
>
> Por otra parte, también conviene señalar que la valoración que realiza la sentencia recurrida, sobre los elementos conceptuales que delimitan la responsabilidad precontractual, resulta correcta y acertada.
>
> En efecto, en la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones, aparte de la producción del daño y a su relación de causalidad, hay que atender, correlativamente, a la necesaria creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato proyectado y al carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones.
>
> En el presente caso, a diferencia de los supuestos más usuales, en donde el negocio proyectado se asienta en la razonable confianza derivada de los propios tratos preliminares, el negocio proyectado de cesión de solar por edificación futura se articula sobre una previa relación jurídica ya conformada, esto es, el derecho de opción a favor del cesionario. De forma que la creación de la razonable confianza acerca de la conclusión del negocio proyectado queda objetivada en el ámbito potestativo de actuación del optante. Por lo que el transcurso del plazo previsto para el ejercicio de la opción, sin la correspondiente ejecución por parte del optante, comporta no sólo la caducidad del derecho de opción, sino también, la extinción de la relación negocial

proyectada y, por extensión, del proceso de negociación entablado al respecto. Sin que otra consideración, en sentido contrario, pueda establecerse por el solo hecho de haberse negociado, consecutivamente, varios contratos de opción; todos ellos inejecutados por el optante de acuerdo con las condiciones pactadas para su ejercicio.

Conclusión que en el presente caso resulta reforzada a tenor del documento de 13 de febrero de 2006, consistente en un recibo en donde la cedente demandada hace constar que dicho pago se realiza como anticipo de la futura celebración del contrato de opción de cesión solar por edificación futura de finca urbana. De modo que, de no celebrarse dicho contrato, la cedente se compromete a devolver dicha cantidad en el plazo de dos meses. Tal y como así se hizo.

No habiéndose creado una razonable confianza en la conclusión del contrato, tras la extinción de la relación negocial por inejecución del derecho de opción, resulta innecesario entrar en la valoración del presupuesto correlativo atinente al carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones. (pp. 4-5).

b). Análisis del Caso

Entonces, de acuerdo a la teoría del RINP, se desestimó la actuación de la responsabilidad precontractual porque se valoró que, al no haberse concretado el contrato principal, o sea el de opción de cesión, entonces no se había procedido a generar confianza razonable. El problema del RINP, como vemos en esta sentencia, es que se enfoca en determinar si el demandado actuó de buena fe o mala fe, y este elemento hace muy onerosa la probanza y el sistema del *onus probandi* de la parte actora.

En cambio, el PE se habría enfocado en el tema que, pese a que no se cristalizó el contrato principal de cesión del inmueble, el cedente generó suficiente confianza razonable en el cesionario porque el plazo de expiración se extendió por tres veces, en las cuales el cesionario confió en su detrimento en que dicho contrato se iba a concluir. Un caso parecido lo encontramos en *Signal Hill Aviation Co. v. Stroppe, 96 Cal.App.3d 627 (Cal. Ct. App. 1979)*[1639], donde la

[1639] Seguido por *Toscano v. Greene Music*, 124 Cal.App.4th 685 (Cal. Ct. App. 2004); *Walker v. KFC Corp*., 728 F.2d 1215 (9th Cir. 1984); *Leek v. Cooper*, 194 Cal.App.4th 399 (Cal. Ct. App. 2011); K*ajima/Ray Wilson v. Los Angeles County Metropolitan Transportation Authority*, 82 Cal. Rptr. 2d 348 (Cal. Ct. App. 1999); *Foster Poultry Farms v. Alkar-Rapidpak-MP Equip., Inc*., No. 1:11-cv-00030-AWI-SMS (E.D. Cal. Dec. 7, 2012); *US Ecology, Inc. v. State*, 129 Cal.App.4th 887 (Cal. Ct. App. 2005); *Smith v. City and County of San Francisco*, 225 Cal.App.3d 38 (Cal. Ct. App. 1990); *Peters v. Superior Court*, 212 Cal.App.3d 218 (Cal. Ct. App. 1989); *Wright v. Goleta Water Dist*., 174 Cal.App.3d 74 (Cal. Ct. App. 1985); *Harris v. City of Compton,* 172 Cal.App.3d 1 (Cal. Ct. App. 1985); *Ward v. Levin*, 161 Cal.App.3d 1026 (Cal. Ct. App. 1984); *Comora v. Comprehensive Care*

Corte estimó conveniente resarcir al futuro inquilino por cuanto la conducta del dueño del local generó suficiente confianza legítima en el futuro inquilino, pese a que el dueño cambió de opinión y dio la propiedad en alquiler a un tercero[1640].

Este caso en particular es importante de analizar porque en este caso se sostiene la posibilidad de demandar no solamente el daño emergente (interés negativo) sino también el lucro cesante (interés positivo).

Con este caso queda demostrado que el PE se enfoca en la confianza y el detrimento del aceptante, mientras que el RINP se enfoca en la mala fe del cedente, como paso previo para analizar la ruptura [maliciosa] de negociaciones preliminares del cedente demandado en perjuicio del cesionario demandante.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Los casos sugieren que un comprador o cesionario (como Gata Gapital) puede acogerse a prórrogas del plazo para transferir un bien inmueble y demandar por daños y perjuicios en virtud de la doctrina del estoppel promisorio, siempre que pueda establecer los elementos de una reclamación promisoria de estoppel.

Corp., 140 Cal.App.3d 369 (Cal. Ct. App. 1983); *In re Marriage of Behrens*, 137 Cal.App.3d 562 (Cal. Ct. App. 1982); *Hughes v. Portsmouth Square, Inc*., 135 Cal.App.3d 170 (Cal. Ct. App. 1982); *Coldwell Banker Co. v. Department of Insurance*, 102 Cal.App.3d 381 (Cal. Ct. App. 1980); *Malcmacher v. Jesse*, No. 18-3698 (6th Cir. Sep. 12, 2019); *Consortium Information Services, Inc. v. Credit Data Services, Inc*., 149 F. App'x 575 (9th Cir. 2005); *Walser v. Toyota Motor Sales, U.S.A., Inc*., 43 F.3d 396 (8th Cir. 1994); *Shorter v. Peaches Unifs., Inc.,* No. 2:10-cv-02232-MCE-GGH (E.D. Cal. Jan. 22, 2013); *Boon Rawd Trading Intern. Co., Ltd. v. Paleewong Trading Co., Inc*., 688 F. Supp. 2d 940 (N.D. Cal. 2010); *Dyna. Co. v. Clark Sull.,* 127 Nev. Adv. Op. No. 41, 51758 (2011), 255 P.3d 286 (Nev. 2011); *Farm Crop Energy v. Old National Bank*, 109 Wn. 2d 923 (Wash. 1988); *Atiz Innovation Co. v. Warnock*, No. B314203 (Cal. Ct. App. Nov. 3, 2022); *Roesler v. Nella Terra Cellars*, Inc., No. A160574 (Cal. Ct. App. Mar. 11, 2022); *O'Ferral v. SRP 2012-4, LLC,* No. E071762 (Cal. Ct. App. Sep. 4, 2020); *Fayek v. Pub. Emps.' Ret. Sys*., C077689 (Cal. Ct. App. July 9, 2019); *Nelson v. Bjorklund*, 2d Civil No. B266500 (Cal. Ct. App. Aug. 30, 2017); *Douglas E. Barnhart, Inc. v. CMC Fabricators, Inc*., 211 Cal.App.4th 230 (Cal. Ct. App. 2012); *Hamad v. Zhili,* No. B218234 (Cal. Ct. App. June 14, 2010); *Jamison v. Roth,* No. B206927 (Cal. Ct. App. Apr. 20, 2009); *Encarnacion v. 20th Cent. Ins. Co*., No. B179825 (Cal. Ct. App. Sep. 27, 2007); entre otros.

[1640] Este caso se refiere a la demanda de Signal Hill Aviation Co. contra Bill Stroppe por incumplimiento del deber fiduciario, fraude y otros motivos para la imposición de un fideicomiso constructivo. El tribunal de primera instancia desestimó la demanda contra Helen Stroppe, y la Junta de Comisionados de Agua y la Ciudad de Long Beach desempeñaron un papel menor en los procedimientos. En la apelación, el tribunal confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia a favor de Signal Hill Aviation Co., que incluía una orden para que Stroppe asignara un contrato de arrendamiento al demandante y pagara daños y perjuicios. El tribunal también discutió la aplicación de la doctrina del estoppel promisorio y la teoría del fideicomiso constructivo al caso, así como la cuestión del lucro cesante como daños y perjuicios en virtud de la doctrina del estoppel promisorio

Los casos que discuten el estoppel promisorio en detalle, como *Robert v. Beatrice*, 270 Neb. 809 (Neb. 2006)[1641], sugieren que un comprador puede confiar en extensiones de tiempo para transferir una propiedad inmobiliaria y demandar por daños y perjuicios bajo la doctrina del estoppel promisorio[1642]. En este caso, el tribunal considera que existe una *verdadera cuestión de hecho material* en cuanto a si Beatrice está impedida de alegar que el empleo de Blinn fue a voluntad. De la misma forma, en Gata Capital, debería haber existido una verdadera cuestión de hecho sobre si Gata Capital pudiera haber confiado razonablemente en las tres extensiones de tiempo del cedente Valle de Brea.

[1641] Seguido por *Rodgers v. Data Transmission Network*, No. 8:10CV46 (D. Neb. Apr. 10, 2012); *Tepper v. Talent Plus, Inc*., 561 F. Supp. 3d 846 (D. Neb. 2021); *Schroer v. Baldwin Filters, Inc*., 8:13CV101 (D. Neb. Oct. 25, 2013); *Fortress Systems, L.L.C. v. Bank of West*, 8:06CV283 (D. Neb. Jan. 3, 2008); *United Gen. Title Ins. Co. v. Malone,* 858 N.W.2d 196 (Neb. 2015); *Mumin v. Lee*, No. A-23-018 (Neb. Ct. App. Oct. 17, 2023); *Edwards v. Mount Moriah Missionary Baptist Church*, 845 N.W.2d 595 (Neb. Ct. App. 2014); *Edwards v. Mount Moriah Missionary Baptist Church*, 845 N.W.2d 595 (Neb. Ct. App. 2014); *Palomo V. GMRG ACQ1, LLC*, 2:22-cv-02181-HLT-KGG (D. Kan. Sep. 23, 2022); *Signature Style, Inc. v. Roseland*, 4:19-CV-3089 (D. Neb. Jan. 6, 2020); *Crabar/GBF, Inc. v. Wright*, 8:16-CV-537 (D. Neb. Aug. 26, 2019); *Shane Harrington, H&S Club Omaha, Inc. v. Strong*, 363 F. Supp. 3d 984 (D. Neb. 2019); *McKee v. Meltech, Inc.*, No. 10-2730 (W.D. Tenn. May 9, 2011); *Stark v. Audio Marketing Solutions, Inc*., 4:10CV3150 (D. Neb. Sep. 21, 2010); *Miller v. Steele*, No. 8:06CV253 (D. Neb. Aug. 23, 2006); *168th Dodge v. Rave Reviews Cinemas,* 8:03CV171 (D. Neb. Mar. 13, 2006); *Simons v. Simons*, 312 Neb. 136 (Neb. 2022); *Schmid v. Simmons*, 311 Neb. 48 (Neb. 2022); *TransCanada Keystone Pipeline, LP v. Dunavan* (In re No. OP-0003), 303 Neb. 872 (Neb. 2019); *Denali Real Estate, LLC v. Denali Custom Builders, Inc*., 302 Neb. 984 (Neb. 2019); *Shadow Ridge Ltd. P'ship v. Ryan (In re Estate of Ryan*), 302 Neb. 821 (Neb. 2019); *Pan v. IOC Realty Specialist Inc*., 301 Neb. 256 (Neb. 2018); *Zelenka v. Pratte*, 300 Neb. 100 (Neb. 2018); *Kercher v. Bd. of Regents of the Univ. of Ne*b., 860 N.W.2d 398 (Neb. 2015); *Irwin v. W. Gate Bank*, 848 N.W.2d 605 (Neb. 2014); *State ex rel. B.M. v. Brian F*., 846 N.W.2d 257 (Neb. 2014*); R and B Farms v. Cedar Valley Acres*, 281 Neb. 706 (Neb. 2011); *Cass Cty. Bank v. Dana Partnership*, 275 Neb. 933 (Neb. 2008); *Pennfield Oil Co. v. Winstrom*, 272 Neb. 219 (Neb. 2006); *Dutton-Lainson Co. v. Continental Ins. Co*., 271 Neb. 810 (Neb. 2006*); Willet v. County of Lancaster,* 271 Neb. 570 (Neb. 2006); *Catron v. Lewis*, 271 Neb. 416 (Neb. 2006); *State v. Maria C. (In re Betty Z.)*, No. A-20-509 (Neb. Ct. App. Mar. 23, 2021); *Werner v. Werner*, No. A-19-872 (Neb. Ct. App. Aug. 4, 2020); *Darnall v. Parrish Project, L.L.C.,* No. A-16-672 (Neb. Ct. App. June 13, 2017); *Panhandle Collections, Inc. v. Jacobson,* No. A-16-459 (Neb. Ct. App. May 2, 2017); *Standing Stone, LLC v. Kirkham Michael & Assocs., Inc*., No. A-13-547 (Neb. Ct. App. Sep. 23, 2014); *McCormick v. Allmond*, 18 Neb. App. 56 (Neb. Ct. App. 2009); entre otros.

[1642] En el caso *Robert v. Beatrice*, que fue decidida en la Corte Suprema de Nebraska en 2006, se analiza varias reglas y principios relacionados con los alegatos, el juicio sumario y los contratos de trabajo. Específicamente, el documento aborda la importancia de ver la evidencia de la manera más favorable para la parte contra la que se otorga el juicio sumario, el uso de decisiones federales para interpretar reglas similares de alegatos civiles de Nebraska y la posibilidad de una enmienda constructiva de los alegatos sobre asuntos no alegados. También discute la aplicabilidad de la Regla 15 (b) al juicio sumario, el concepto de consentimiento implícito y la importancia de que las pruebas se dirijan únicamente a un asunto no presentado para demostrar el consentimiento implícito. El documento aborda además la indagación clave para determinar si una cuestión no presentada por los alegatos entró en el caso en el juicio, las circunstancias en las que puede surgir el consentimiento implícito para el juicio de una cuestión no presentada por los alegatos, y la importancia de demostrar que la parte contraria entendió que se introdujeron pruebas para probar nuevas cuestiones. El documento también aclara el principio de que un tribunal no implicará el consentimiento para juzgar una demanda simplemente porque las pruebas pertinentes a una cuestión debidamente alegada tiendan incidentalmente a establecer una reclamación no alegada. Además, el documento analiza el principio del empleo a voluntad, las circunstancias en las que las representaciones orales pueden modificar el estado a voluntad de un empleado, los requisitos para un contrato unilateral, la doctrina del estoppel promisorio, el estatuto de fraudes y la cuestión de los hechos materiales genuinos con respecto a las reclamaciones por incumplimiento de contrato y preclusión promisoria. El documento concluye con un resumen de los antecedentes procesales del caso, la decisión del Tribunal de Apelaciones de revocar el juicio sumario del tribunal de distrito y el error del tribunal de distrito al no encontrar una cuestión genuina de hecho material (que en realidad existe) con respecto a la reclamación de estoppel promisorio de Blinn.

Estos casos proporcionan los elementos de una reclamación de estoppel promisorio, que generalmente incluyen una promesa clara e inequívoca, una confianza razonable en la promesa y un daño causado por la confianza.

Otros casos que abordan el tema de las extensiones de tiempo para transferir la propiedad, como *Klinke v. Famous Fried Chicken*, 94 Wn. 2d 255 (Wash. 1980)[1643], discuten la aplicabilidad de las extensiones orales a un contrato de bienes raíces y la aplicabilidad del estoppel promisorio para derrotar una defensa de estatuto de fraude[1644].

Este caso es relevante porque discute la aplicabilidad del estoppel promisorio para derrotar una defensa de estatuto de fraude. La Corte expuso:

> La defensa de la ley de fraudes no puede ser invocada por una parte que ha incumplido su promesa de reducir un contrato a escrito cuando la otra parte se basó en la promesa en su perjuicio. (Esta decisión se basa en la Reformulación (Segunda) de Contratos § 178; el tribunal se niega a adoptar § 217A). WRIGHT, J., no participó en la resolución de este caso."

[1643] Seguido por *Byrd v. Pierce Cnty*., 425 P.3d 948 (Wash. Ct. App. 2018); *Doron v. Eastern Washington University*, No. 31636-0-III (Wash. Ct. App. Dec. 9, 2014); *Doron v. E. Wash. Univ*., No. 31636-0-III (Wash. Ct. App. Dec. 9, 2014); *White Oak Partners II, LLC v. Heritage Fin. Corp.,* No. C14-5911 RBL (W.D. Wash. Nov. 4, 2015); *Bybee Farms LLC v. Snake River Sugar Company*, No. CV-06-5007-FVS (E.D. Wash. Sep. 29, 2008); *Bybee Farms, LLC v. Snake River Sugar Co*., 563 F. Supp. 2d 1184 (E.D. Wash. 2008); *Keenan v. Allan,* 889 F. Supp. 1320 (E.D. Wash. 1995); *Nippon Paper Indus. U.S. Co. v. Ga. Pac*., 3:22-cv-05743-TMC (W.D. Wash. Sep. 6, 2023); *Mastaba, Inc. v. Lamb Weston Sales, Inc*., 23 F. Supp. 3d 1283 (E.D. Wash. 2014); *Bkwspokane LLC v. Fed. Deposit Ins. Corp.*, NO: 12-CV-0521-TOR (E.D. Wash. Jan. 25, 2013); *Westcott v. Wells Fargo Bank, N.A.,* 862 F. Supp. 2d 1111 (W.D. Wash. 2012); *Westcott v. Wells Fargo Bank, N.A*., 862 F. Supp. 2d 1111 (W.D. Wash. 2012); *Lige Dickson Co. v. Union Oil Co. of California*, 96 Wn. 2d 291 (Wash. 1981); *Woodmansee v. Peterson*, 160 Wn. App. 1024 (Wash. Ct. App. 2011); *Spectrum Glass v. Public Uty., Snohomish Cty,* 129 Wn. App. 303 (Wash. Ct. App. 2005); *Irvin Water Dist. 6 V. Jackson Part*, 109 Wn. App. 113 (Wash. Ct. App. 2001); *12 Americans Inc. v. MSNBC Interactive News LLC*, 91 F. App'x 23 (9th Cir. 2004); *Scott v. Carr*, No. C20-0236-RSM (W.D. Wash. Oct. 30, 2020); *Freeman v. U.S. Bancorp*, No. C10-1544RSM (W.D. Wash. Mar. 9, 2012); Cats v. Nextalarm.Com, Inc., No. C08-1096 RSM (W.D. Wash. Mar. 5, 2009); *Schmalenberg v. Sunwest Bank (In re Schmalenberg*), 623 B.R. 858 (Bankr. W.D. Wash. 2020); *N. Am. Brokers, LLC v. Howell Pub. Sch*., 913 N.W.2d 638 (Mich. 2018); *Wash. Educ. Ass'n v. Wash. Dep't of Ret. Sys.,* 332 P.3d 428 (Wash. 2014); *Glimcher Supermall v. Coleman*, 739 N.W.2d 815 (S.D. 2007); *Greaves v. Medical Imaging Sys*, 124 Wn. 2d 389 (Wash. 1994); *Sloma v. Wash. State Dep't of Ret. Sys*., 12 Wash. App. 2d 602 (Wash. Ct. App. 2020); *In re Marriage of Kaley*, No. 78694-6-I (Wash. Ct. App. Dec. 30, 2019); *Hoy v. 400 Condo. Ass'n*, 9 Wn. App. 2d 1047 (Wash. Ct. App. 2019); *Access the United States, LLC v. State,* No. 75747-4-I (Wash. Ct. App. Apr. 9, 2018); *Clipse v. Commercial Driver Servs., Inc*., 189 Wash. App. 776 (Wash. Ct. App. 2015); *Becker v. Washington State Univ*., 165 Wash. App. 235 (Wash. Ct. App. 2011); *Becker v. Washington State University*, No. 28743-2-III (Wash. Ct. App. Oct. 13, 2011); *Peebles v. Rodland Toyota*, 143 Wn. App. 1059 (Wash. Ct. App. 2008); *Radford v. the Seattle School*, 143 Wn. App. 1025 (Wash. Ct. App. 2008); *Uznay v. Bevis*, 139 Wn. App. 359 (Wash. Ct. App. 2007); entre otros.

[1644] El caso de *Klinke v. Famous Fried Chicken*, se originó en el Tribunal Superior del Condado de Pierce, Washington. Los demandantes demandaron a Famous Recipe Fried Chicken, Inc. por $200,000 en daños y perjuicios por incumplimiento de un acuerdo verbal. El demandado invocó el estatuto de fraudes como defensa, pero los demandantes respondieron alegando un estoppel equitativo y promisorio. El tribunal de primera instancia otorgó un juicio sumario a favor del acusado, pero el Tribunal de Apelaciones revocó la decisión, sosteniendo que tanto el estoppel equitativo como el promisorio podrían usarse para derrotar la defensa del estatuto de fraude. El Tribunal Supremo confirmó la decisión del Tribunal de Apelaciones, pero no estuvo de acuerdo con la aplicación del estoppel equitativo y la adopción del artículo 217A. En el documento también se examina la distinción entre el estoppel equitativo y el promisorio, la aplicación del estoppel promisorio a los contratos bilaterales y las circunstancias en las que se puede evitar la injusticia haciendo cumplir una promesa.

"RCW 19.36.010(1) dispone: "En los siguientes casos, especificados en esta sección, cualquier acuerdo, contrato y promesa será nulo, a menos que dicho acuerdo, contrato o promesa, o alguna nota o memorándum de los mismos, sea por escrito y esté firmado por la parte a la que se acusará de ello, o por alguna persona legalmente autorizada por él, es decir: (1)"
¿El estoppel equitativo o promisorio respaldará una acción por daños y perjuicios?
El estoppel promisorio basado en la Reformulación de Contratos § 90 (1932) ha sido reconocido desde hace mucho tiempo en este estado (*Central Heat, Inc. v. Daily Olympian, Inc.*, 74 Wn.2d 126, 443 P.2d 544 (1968); *Hill v. Corbett*, 33 Wn.2d 219, 204 P.2d 845 (1949)) y puede servir de base para una acción por daños y perjuicios.
Debido a que, en la moción de juicio sumario, se han afirmado hechos que muestran que el agente de Famous, Skinner, prometió hacer y ejecutar un acuerdo de franquicia por escrito, el comentario f y Nelson son aplicables y Klinke puede iniciar esta acción a pesar del estatuto de fraudes.

En general, las autoridades sugieren que un comprador puede acogerse a prórrogas del plazo para transferir un bien inmueble y demandar por daños y perjuicios en virtud de la doctrina del estoppel promisorio, siempre que pueda establecer los elementos de una reclamación de estoppel promisorio.

D). Caso Plus Ultra: STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009)[1645]

a). Antecedentes del Caso

En el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Alcobendas, se presentó una demanda de juicio ordinario de mayor cuantía por parte de Dª. Carla, Don Nazario, Don Octavio y la empresa "Riojana de Fincas, S.A." contra la empresa "Plus Ultra, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros", en busca de una reclamación de cantidad. En la demanda, se solicitó lo siguiente:

Que se entregue a "Riojana de Fincas, S.A." la póliza de seguro correspondiente al contrato acordado, con los términos establecidos el 17 de febrero de 1999, para su firma y el pago de las primas correspondientes.

[1645] *Juan Contreras Sánchez En Nombre Y Representación De Doña Carla, D. Nazario Y D. Octavio y Riojana De Fincas, S.A. v. Plus Ultra, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A.,* STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009), en adelante "Plus Ultra".

> Que se paguen a Dª. Carla, Don Nazario y Don Octavio los montos establecidos en la póliza de seguro por concepto de viudedad y orfandad, más intereses moratorios del 20% anual desde la fecha del siniestro (4 de mayo de 1999) hasta el pago efectivo, así como los gastos ocasionados por el litigio.

Luego, haciendo un poco de historia de este caso, vemos que el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alcobendas emitió una sentencia el 9 de noviembre de 2002, con la siguiente resolución: "RESUELVO: Aceptar parcialmente la demanda presentada por Juan Contreras Sánchez en nombre y representación de Doña Carla, D. Nazario y D. Octavio, así como "Riojana De Fincas, S.A.", contra "Plus Ultra, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A.", con la intervención adhesiva de "S&C WILLIS CORROON, Correduría de Seguros y Reaseguros". CONDENO a "PLUS ULTRA, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A." a pagar a Dª Carla la suma de 731.024,8 euros y a Nazario y Octavio la cantidad de 344.543,17 euros, más los intereses establecidos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a partir de la fecha de esta sentencia.

En 1998, Riojana De Fincas, S.A. (RIOFISA) buscó a través de una correduría a varias aseguradoras para obtener un proyecto de seguro que cubriera a los directivos de la empresa en temas de jubilación y fallecimiento. PLUS ULTRA presentó un proyecto de seguro específico para el grupo RIOFISA el 16 de diciembre de 1998, en el cual se detallaban los términos de la solicitud realizada por RIOFISA. Uno de los directivos incluido en el proyecto era D. Nemesio, con una suma asegurada de 121.893.600 Ptas. por viudedad y 58.145.250 Ptas. por orfandad. La fecha de efecto de la póliza se fijó para el 1 de enero de 1999.

Durante los meses de enero y febrero de 1999, PLUS ULTRA mantuvo varias comunicaciones con RIOFISA para concretar las propuestas. Si bien se emitieron pólizas para un seguro de jubilación de la empresa, no se emitieron las pólizas para viudedad y orfandad. El 17 de febrero de 1999, a solicitud de la correduría de seguros, PLUS ULTRA emitió borradores de pólizas de riesgo y ahorro, así como un proyecto de seguro, que contenían los nuevos datos proporcionados por la tomadora y las condiciones generales, incluyendo los capitales

asegurados. Hasta ese momento, no se habían realizado los reconocimientos médicos requeridos por la aseguradora.

En el quinto párrafo del primer fundamento de derecho el Tribunal estima que el juzgado de primera instancia nº 5 de Alcobendas emitió una sentencia el 9 de noviembre de 2002 que favoreció a la parte demandante. En dicha sentencia se determinó que el documento titulado "Proyecto de seguro para el Grupo RIOFISA" no era una solicitud de seguro, sino una propuesta. Se concluyó que este proyecto recogía todos los requisitos esenciales para formar el contrato de seguro, lo que lo consideraba una propuesta vinculante. En virtud de esta propuesta, la compañía aseguradora se comprometió a formalizar una póliza de seguro de vida y de pensiones en los términos acordados, incluyendo la cobertura por fallecimiento antes de la edad de jubilación.

Luego, en el sexto punto del primer fundamento de derecho, el Tribunal expresó en palabras de la Magistrada Encarnación Roca Trías[1646]:

> Por estas y otras razones, la sentencia concluye que el documento no tiene carácter de proposición vinculante, porque, además, mes y medio más tarde aún faltaba concretar quienes iban a ser los asegurados y cuál era su estado de salud. De ahí concluye la sentencia que "es claro que cuando se produjo el siniestro ni se había suscrito póliza alguna, ni constaba el resultado de los reconocimientos médicos, ni se había emitido recibo de prima alguna ni desde diciembre de 1998, ni desde enero de 1999, ni había existido una proposición de contrato aceptada en diciembre de 1998, ni se había procedido a la aceptación de los borradores emitidos el 7 de abril de 1999 en los quince días siguientes, ni por ello existía aseguramiento alguno". Constituyen tratos previos al aseguramiento que habían de determinar la suscripción de una póliza compleja que, en definitiva, no llegó a suscribirse. (Sexto párrafo, primer fundamento de derecho).

El Tribunal en su noveno fundamento de derecho sentencia tajantemente el tema y determina que no existió la ejecución del contrato de seguro porque no se pudo determinar la salud del asegurado: RIOFISA presentó una solicitud abierta de seguro a través de su agente, y PLUS ULTRA (ahora AVIVA) respondió con una proposición de contrato que no estaba firmada. Esta proposición incluía capitales asegurados y posibles primas, y fue aceptada por RIOFISA, lo

[1646] STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009).

que dio inicio a las negociaciones sobre las condiciones específicas del seguro. Sin embargo, no se llegó a concretar un contrato definitivo ya que no se habían determinado el riesgo y la prima a pagar. Por lo tanto, se determina que no existió un contrato de seguro en este caso, ya que el documento presentado por PLUS ULTRA (AVIVA) era una respuesta a una oferta realizada por RIOFISA, informándoles sobre las condiciones de una posible contratación futura.

En su décimo tercer considerando de derecho, el Tribunal estima que un precontrato es un acuerdo en el que las partes se comprometen a celebrar un contrato definitivo en el futuro. En el precontrato, se fijan los elementos esenciales del contrato, pero su perfección se aplaza. Las partes adquieren la obligación de establecer el contrato definitivo y pueden exigir su cumplimiento mutuo. A diferencia del pacto de contratar, no se requiere actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales. En el caso en cuestión, no se cumplieron los requisitos del precontrato, ya que faltaban por determinar elementos esenciales, como la salud de los asegurados. Además, ninguna de las partes se había comprometido al cumplimiento en el momento del accidente. Por lo tanto, no existía un contrato definitivo en vigor y las partes no podían exigir su cumplimiento.

Finalmente, el Tribunal concluye que no se podía aplicar subsidiariamente la doctrina de la CIC por cuanto no existía nexo causal entre el daño (la muerte del asegurado) y las representaciones de la demandada:

> La aplicación de la responsabilidad por la concurrencia de tratos preliminares requiere la prueba de que el daño sufrido es una consecuencia de la mala actuación de la parte que lo ha provocado durante el desarrollo de estos tratos preliminares. El daño producido en este caso consiste en el fallecimiento de D. Nemesio debido a un accidente, por lo que no existe ni tan siquiera causalidad material derivada de los tratos preliminares en la producción de este daño. En consecuencia, no se puede hacer responsable a la compañía aseguradora de que los perjudicados cobren o no una indemnización, cuando el contrato aún no había sido concluido, por faltar, como ya se ha dicho, el consentimiento contractual. En definitiva, no hay relación de causalidad entre la muerte de D. Nemesio y la existencia o no del contrato de seguro (STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009).

Entonces, el RINP (o la CIC) concluye que la teoría de la responsabilidad precontractual es inaplicable por cuanto no hay nexo causal entre el daño (la muerte del asegurado) y el hecho

productor del daño, cual es la representación del seguro, o en todo caso en la propuesta de seguro.

b). Análisis del Caso

En el caso del PE, tenemos un caso parecido a Plus Ultra, y se trata de *Prudential Insurance Co. Of America v. Clark, 456 F.2d 932 (1972)*[1647], donde la Corte no se enfocó en este nexo causal entre la muerte del asegurado y la promesa, sino en el detrimento que el asegurado experimentó (cual fue que Steve se retiró de una póliza anterior para abrazar la póliza de Prudential confiando en las representaciones del corredor Brunell que la póliza excluiría los riesgos de muerte en casos de guerra), y estimó que el dinero que Prudencial pagó a los deudos de Steve (que murió en la guerra de Viet Nam en 1968) no era un error ya que Steve sufrió un detrimento (dejar su antigua póliza con World Life), pero la Corte no valoró la muerte de Steve como un daño sino el daño era el haber dejado la antigua póliza (World Life) para abrazar la de Prudential[1648].

El PE podría haber resuelto el caso de *Plus Ultra* de diferente manera, ya que, pese a que no existió un precontrato formal, o sea no hay un contrato *ad solemnitatem*, sí hay proyectos previos que fueron aceptados y también hay representaciones en las que Nemesio confió; máxime que otro tipo de pólizas fueron entregadas a la empresa del asegurado (como la las de retiro o jubilación) y quedando el seguro de vida en proyectos que fueron, pero nunca

[1647] Seguido por *Allen v. A. G. Edwards Sons, Inc*., 606 F.2d 84 (5th Cir. 1979); *St. Paul Fire & Marine Insurance v. Mayor's Jewelers of Fort Lauderdale, Inc*., 465 F.2d 317 (5th Cir. 1972); *Am. Nat'l Prop. & Cas. Co. v. Estate of Farese,* 530 F. Supp. 3d 655 (S.D. Miss. 2021); *Okun v. Provident Life Accident Insurance Company*, Case No.: 8:11-cv-1162-T-23EAJ (M.D. Fla. Aug. 26, 2011); *Tardif v. People for Ethical Treatment of Animals*, No. 2:09-cv-537-FtM-29SPC (M.D. Fla. Sep. 29, 2010); *Intern. Bus. Mach. v. Medlantic Healthcare*, 708 F. Supp. 417 (D.D.C. 1989); *Kennedy v. William R. Hudon, Inc*., 659 F. Supp. 900 (D. Colo. 1987); *Avatar Props. v. Gundel*, No. 6D23-170 (Fla. Dist. Ct. App. June 22, 2023); *Amacher v. Brown-Forman Corp*., 826 S.W.2d 480 (Tenn. Ct. App. 1992); .

[1648] En 1966, Steve Clark adquirió una póliza de seguro de vida de World Service Life Insurance Company (World Life). Posteriormente, Robert Brumell, un agente de Prudential Insurance Company of America (Prudential), persuadió a Steve para que cancelara su póliza con World Life y en su lugar, optara por una de Prudential. Brumell aseguró a Steve que la póliza de Prudential no incluiría cláusulas de exclusión por riesgos de guerra o aviación.
La solicitud de Steve fue inicialmente aprobada, pero luego devuelta a Brumell para más información. Sin embargo, la póliza nunca llegó a manos de Steve, quien para entonces estaba entrenándose con la Infantería de Marina en California. Un conflicto entre Brumell y otro agente de Prudential en California, esta vez sobre una comisión, provocó más retrasos.
Lamentablemente, Steve falleció en un accidente de helicóptero en Vietnam en 1968. Prudential pagó la reclamación de seguro, pero posteriormente exigió la devolución del dinero, alegando que la póliza contenía cláusulas de exclusión. Sin embargo, el jurado determinó que Prudential había renunciado intencionalmente a esas cláusulas al efectuar el pago.
A pesar de esta decisión, el juez de distrito desestimó la conclusión del jurado, citando una ley de Florida que rechaza la defensa de pago voluntario. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito revocó la decisión del juez de distrito, considerando que la doctrina del estoppel promisorio y la teoría de ratificación apoyaban el veredicto del jurado.

desestimados. La Corte en el caso *Prudential*, no encontró en la muerte en sí el detrimento sino en el hecho de que el asegurado cambió de brokers. En el caso *de Plus Ultra*, el asegurado pudo haber recurrido a otro bróker para comprar la póliza de seguro, pero confió en los proyectos de seguro del demandado, y esta confianza, aunada a la extensión de los otros seguros de jubilación, evitó que el asegurado explore otras opciones con otros brokers.

c). El Caso en el Sistema del Common Law

La doctrina del estoppel promisorio puede aplicarse en el contexto de una controversia en materia de seguros como en el caso Plus Ultra. Como recordamos, generalmente, para establecer un reclamo de estoppel promisorio, el demandante debe demostrar: (1) una promesa inequívoca; (2) confianza razonable y justificable en esa promesa; (3) la confianza era esperada y previsible por el promitente; y (4) el promisario se basó en la promesa en su perjuicio.

Varias de las autoridades encontradas discuten la doctrina del estoppel promisorio en detalle, y algunas incluso la aplican en el contexto de una disputa de seguros. Por ejemplo, el caso de *Dansko Holdings, Inc. v. Benefit Trust Co*., 991 F.3d 494 (3d Cir. 2021)[1649] es relevante, ya que analiza la doctrina del estoppel promisorio y las circunstancias en las que puede aplicarse[1650]. En ese caso, el tribunal consideró que las declaraciones del demandado constituían una promesa implícita que podía ejecutarse mediante estoppel promisorio.

[1649] Seguido por *Zaftr Inc. v. Lawrence, Civil Action* 21-2177 (E.D. Pa. Jan. 20, 2023); *Gordon v. Pasquarell*o, Civil Action 22-1565 (E.D. Pa. Mar. 14, 2023); *Millville Sav. Bank v. Malvern Bank,* Civil 21-13001 (RMB/AMD) (D.N.J. Jan. 31, 2022); *Genomind, Inc. v. UnitedHealth Grp., Civil* Action 21-373 (E.D. Pa. Sep. 1, 2021*); Seguro Medico, LLC v. Suffolk Admin. Servs.*, 5:23-cv-2495 (E.D. Pa. Nov. 7, 2023); *Niles v. Clifton*, Civil Action 20-05683 (E.D. Pa. Oct. 18, 2023); *Frank Krammes Timber Harvesting, Inc. v. Letourneau Enters*., CIVIL 3:18-CV-01914 (M.D. Pa. June 9, 2023); *Patel v. Kelly Servs.*, Civil Action 22-2421 (E.D. Pa. Feb. 21, 2023); *Ametek, Inc. v. Fedex Trade Networks Transp. & Brokerage*, Civil Action 20-3140-KSM (E.D. Pa. Jan. 5, 2023); *Calderwood v. Rinsch,* Civil Action 22-2847 (E.D. Pa. Nov. 28, 2022); *Nat'l Fire & Marine Ins. Co. v. Genesis Healthcare, Inc*., Civil Action 22-1500 (E.D. Pa. Nov. 16, 2022); *Holdings, Inc. v. Select Energy Servs*., 21cv1579 (W.D. Pa. Sep. 1, 2022); *Eburuoh v. PNC Bank*, Civil Action 21-4430 (E.D. Pa. June 16, 2022).

[1650] En este caso, Dansko Holdings, Inc., un fabricante de zapatos, demandó a Benefit Trust Co., una compañía de fideicomiso. Dansko alegaba que Benefit había incumplido un acuerdo de fideicomiso al no asistir en la refinanciación de su deuda y que además había inducido fraudulentamente a Dansko a contratar sus servicios al ocultar una investigación previa del Departamento de Trabajo. Por su parte, Benefit Trust Co. presentó una contrademanda para recuperar los costos de defensa, basándose en una cláusula de indemnización incluida en el acuerdo de fideicomiso.

El Tribunal de Distrito inicialmente desestimó las demandas de Dansko y determinó que no era necesario que Dansko indemnizara a Benefit por los costos de defensa. Sin embargo, tras la apelación, el Tribunal de Apelaciones revocó esta decisión. El tribunal superior encontró errores en la decisión del Tribunal de Distrito, concluyendo que las demandas de Dansko por incumplimiento de contrato, estoppel (una forma de impedir que una parte se retracte de una promesa no contractual) y fraude eran válidas y debían ser reconsideradas. Sin embargo, también estableció que, según el acuerdo de fideicomiso, Dansko estaba obligado a adelantar los costos legales razonables de Benefit.

Como resultado, el caso fue devuelto al Tribunal de Distrito para que continúe su proceso con estas nuevas directrices del Tribunal de Apelaciones.

El caso de *Access Mediquip L.L.C. v. UnitedHealthCare Ins. Co.,* 662 F.3d 376 (5th Cir. 2011)[1651] también es relevante, ya que analiza el estoppel promisorio en el contexto de las declaraciones de una compañía de seguros a un tercero sobre la cobertura[1652].

[1651] Seguido por *Mem'l Hermann Hosp. Sys. v. UnitedHealthcare Ins. Co*., CIVIL ACTION No. H-11-3545 (S.D. Tex. Jan. 11, 2012); *Kennedy Krieger Inst., Inc. v. Brundage Mgmt. Co.,* CV. No. 5:15-CV-162-DAE (W.D. Tex. Nov. 18, 2015); *SC Shine PLLC v. Aetna Dental, Inc*., No. SA-22-CV-0834-JKP (W.D. Tex. June 26, 2023); *Aesthetic & Reconstructive Breast Ctr., LLC v. United Healthcare Grp., Inc*., 367 F. Supp. 3d 1 (D. Conn. 2019); *Kindred Hosps. Ltd. v. Aetna Life Ins. Co*., Civil Action No. 3:16-CV-3379-D (N.D. Tex. June 9, 2017); *Kennedy Krieger Inst., Inc. v. Brundage Mgmt. Co*., CV. No. 5:15-CV-162-DAE (W.D. Tex. July 27, 2015); *Martinez v. Prudential Ins. Co. of Am.,* 615 F. Supp. 3d 519 (S.D. Tex. 2022); *Sadeghi v. Aetna Life Ins. Co.,* 564 F. Supp. 3d 429 (M.D. La. 2021); *Gilmour v. Blue Cross & Blue Shield*, Civil Action No. 4:19-CV-160 (E.D. Tex. May 29, 2020); *Repass v. AT&T Pension Benefit Plan*, Civil Action No. 3:14-CV-2686-L (N.D. Tex. Aug. 25, 2015); *Methodist Hosps. of Dall. v. Aetna Health Inc*., Civil Action No. 3:13-CV-4992-B (N.D. Tex. July 30, 2014); *Mid-Town Surgical Ctr., L.L.P. v. Humana Health Plan of Tex., Inc*., 16 F. Supp. 3d 767 (S.D. Tex. 2014); *Tex. Ctr. for Obesity Surgery, P.L.L.C v. UnitedHealthCare of Tex. Inc*., Civil Action No. 3:13-CV-0922-M (N.D. Tex. Feb. 27, 2014); *Medarc LLC v. Meritain Health Inc.*, Civil Action 3:20-CV-3281-N-BH (N.D. Tex. Nov. 12, 2021); *Marco Z. v. UnitedHealthcare Ins. Co.,* No. SA-20-CV-00351-JKP (W.D. Tex. Nov. 4, 2020); *Mowdy v. Huntington Ingalls Inc.*, Civil Action No. 1:19-CV-570-KS-RHW (S.D. Miss. Apr. 14, 2020); *DAC Surgical Partners P.A. v. United Healthcare Servs., Inc*., Civil Action No. 4:11-CV-1355 (S.D. Tex. July 12, 2018); *Grand Parkway Surgery Ctr., LLC v. Health Care Serv. Corp*., Civil Action No. H-16-549 (S.D. Tex. Apr. 4, 2017); *Hous. Metro & Spine Surgery Ctr., LLC v. Health Care Serv. Corp.*, Civil Action No. H-16-1402 (S.D. Tex. Apr. 4, 2017); *Sanat V. Sanghani*, MD, LLC v. United Healthcare Servs., Inc., CIVIL ACTION No. 1:15-CV-02887 (W.D. La. Aug. 30, 2016); *Candies Shipbuilders, LLC v. Westport Ins. Corp*., Civil Action No. 15-1798 (E.D. La. Feb. 16, 2016); *Post Acute Specialty Hosp. of Corpus Christi v. Baker Benefits Adm'rs, Inc*., Civil Action No. 2:15-CV-494 (S.D. Tex. Feb. 8, 2016); *Conn. Gen. Life Ins. Co. v. Humble Surgical Hosp., LLC*, Civil Action No. 4:13-CV-3291 (S.D. Tex. Mar. 24, 2015); *Advanced Ambulatory Surgical Ctr., Inc. v. Cigna Healthcare of Ill.,* No. 13 C 7227 (N.D. Ill. Sep. 30, 2014); *Mem'l Hermann Health Sys. v. Coastal Drilling Co*., 12 F. Supp. 3d 1001 (S.D. Tex. 2014); *Ctr. for Restorative Breast Surgery, L.L.C. v. Humana Health Benefit Plan of La., Inc*., Civil Action No. 10-4346 (E.D. La. Mar. 27, 2014); *Cent. States, Se. & Sw. Areas Health & Welfare Fund v. Health Special Risk, Inc*., Civil Action No. 3:11-CV-2910-D (N.D. Tex. June 13, 2013); *Kersh v. UnitedHealthcare Ins. Co.,* 946 F. Supp. 2d 621 (W.D. Tex. 2013); *Encompass Office Solutions Inc. v. Conn. Gen. Life Ins. Co.*, Civil Action No. 3:11-cv-02487-L (N.D. Tex. July 25, 2012); *Atl. Neurosurgical Specialists v. Anthem, Inc*., No. MRS-L-2172-21 (N.J. Super. June 19, 2023); *Johnson v. Arkema, Inc*., 685 F.3d 452 (5th Cir. 2012); *Access Mediquip L.L.C. v. UnitedHealthcare Ins. Co*., 678 F.3d 940 (5th Cir. 2012); *Grant v. RentGrow, Inc*., No. SA-21-CV-1172-JKP (W.D. Tex. Sep. 6, 2023); *Cantu v. Guerra*, No. SA-20-CV-0746-JKP (W.D. Tex. Aug. 11, 2023); *LeCompte v. Hendricks*, Civil Action 22-1355 (E.D. La. June 23, 2023); *Kinsale Ins. Co. v. Flyin' Diesel Performance & Offroad, LLC,* 5:22-CV-0048-JKP (W.D. Tex. Mar. 31, 2023); entre otros.

[1652] El caso involucra a Access Mediquip L.L.C. ("Access") apelando un fallo de juicio sumario a favor del acusado UnitedHealthcare Insurance Company ("United"). Access presentó una demanda contra United por negarse a pagar algunas o todas las reclamaciones de Access por servicios de adquisición y financiamiento de dispositivos médicos en relación con más de 2,000 pacientes asegurados bajo planes ERISA administrados por United. El tribunal de distrito limitó el descubrimiento a reclamos de 300 pacientes con los montos más altos de reembolso. Después de completar el descubrimiento escrito, United solicitó un juicio sumario por motivos de prelación en contra de los reclamos estatales de Access relacionados con 269 de los 300 pacientes. El tribunal de distrito ordenó que United limitara su moción a los reclamos de Access que surgieron de servicios para tres pacientes, que servirían como ejemplos para tratar la cuestión de la prelación en los demás pacientes.

United argumentó que todos los reclamos estatales de Access relacionados con el tratamiento de estos tres pacientes están prelacionados bajo la cláusula general de prelación de ERISA, 29 U.S.C. § 1144(a). El tribunal de distrito estuvo de acuerdo con United y dictó sentencia a su favor, haciendo la sentencia apelable según la Regla 54(b) de Fed.R.Civ.P.

Access alega que proporcionó sus servicios a los tres pacientes en cuestión en base a las representaciones de United de que pagarían cargos razonables por los servicios de Access. Sin embargo, United se negó a pagar por los servicios después de que se completaran. Access presentó reclamos estatales de promissory estoppel, representación negligente y violaciones del Código de Seguros de Texas, que el tribunal de distrito determinó que estaban prelacionados bajo ERISA.

Este tribunal revisa de nuevo el juicio sumario, aplicando los mismos estándares que el tribunal de distrito. En cuanto a los reclamos estatales de misrepresentación de Access, este tribunal revierte el juicio del tribunal de distrito, ya que estos reclamos se basan en alegaciones y evidencia de que Access proporcionó los servicios confiando en las representaciones de United de que pagarían cargos razonables por los servicios de Access. Sin embargo, el tribunal afirma con respecto a los reclamos de enriquecimiento sin causa y quantum meruit de Access, ya que estos reclamos dependen de la afirmación de Access de que, sin sus servicios, los planes ERISA de los pacientes habrían obligado a United a reembolsar a otro proveedor por los mismos servicios.

En conclusión, este tribunal afirma en parte, revierte en parte y devuelve el caso para procedimientos que no sean inconsistentes con esta opinión.

En general, las autoridades constatadas sugieren que la doctrina del estoppel promisorio puede aplicarse en el contexto de una diferencia en materia de seguros.

E). Caso Inveravante: STS 25-06-2014 (RJ 3845/2014)[1653]

a). Antecedentes del Caso

El caso trae una demanda presentada por Monte Carlo Aviation Corporation (MCA) contra IAGA Gestión de Inversiones S.L. (también conocida como Inveravante) ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de A Coruña en 2008. En la demanda, Monte Carlo solicita la declaración de que un acuerdo firmado entre ambas empresas (Acuerdo de 29 de febrero de 2008) constituye un contrato de cesión del contrato de compraventa de una aeronave (un contrato perfecto de cesión del contrato de compraventa de la aeronave FALCÓN 7X concluido entre MCA y DASSAULT de 7 de marzo de 2005), que Inveravante incumplió sus obligaciones derivadas del acuerdo, que Monte Carlo resolvió válidamente el acuerdo por los incumplimientos de Inveravante y que Inveravante debe indemnizar a Monte Carlo por los daños y perjuicios ocasionados. Monte Carlo solicita una indemnización de 20.309.939 USD (o su equivalente en euros) en concepto de lucro cesante o valor de la ganancia neta perdida.

La representación procesal de Monte Carlo Aviation Corporation interpuso una demanda contra IAGA Gestión De Inversiones S.L. (Inveravante) en el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de A Coruña en 2008. La sentencia de primera instancia fue desestimada por la Audiencia Provincial de A Coruña en 2012, y se impusieron las costas a MCA.

En el primer fundamento de derecho el Tribunal valoró que, en este caso, la demandante MCA ejerció acción declarativa de la existencia de la cesión del contrato de compraventa que había convenido con el fabricante de una aeronave Falcón 7X y una acción de reclamación de indemnización por los daños ocasionados y por pérdida de oportunidad, con fundamento en el incumplimiento de la carta de intenciones concertada entre las partes. El Juzgado dictó sentencia desestimatoria y la Audiencia confirmó el fallo absolutorio. El Tribunal consideró que la carta de

[1653] *Monte Carlo Aviation Corporation v. Iaga Gestión De Inversiones S.L., e*n adelante "Caso Inveravante".

intenciones no tenía la naturaleza de contrato o precontrato y que la ruptura de las negociaciones no perjudicó la posición de la demandante. Además, se señaló que la carta no era un contrato porque el consentimiento prestado por la demandada no abarcó la cesión de la compraventa entre MCA y el fabricante, sino que sólo se comprometió a "sentarse a la mesa" para negociar.

El Tribunal concluyó que si bien es cierto hubo negociaciones preliminares, la demandada no había justificado la ruptura injustificada de las mismas, es decir, estimó que sí había incurrido en responsabilidad precontractual *in contrahendo*, pero como el demandante no había demostrado el daño entonces no impuso una sentencia indemnizatoria. Otro aspecto que el Tribunal estimó, fue el de considerar que, según la doctrina de la CIC, solamente el interés negativo puede ser resarcible, mas no el positivo, es decir, no se puede resarcir el lucro cesante. Más específicamente el Tribunal expuso:

> No obstante, como se ha razonado en el motivo anterior, de la interpretación jurídica que se da a los hechos probados, entre las partes no hubo más que unos tratos preliminares por lo que no puede resolverse un contrato inexistente, sin perjuicio, como se ha indicado con anterioridad, de que pueda derivarse una determinada responsabilidad (responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*), que sí reconoce la sentencia (la ruptura no está justificada e Inverante incurrió en "*culpa in contrahendo*...") según señala el último párrafo del fundamento de derecho noveno, pero no derivado de un incumplimiento contractual (ex art. 1124 y artículos1106 y 1107 CC), sino por responsabilidad derivada del art. 1902 CC que es motivo independiente que se examinará a continuación… (p. 8)
>
> La doctrina, en este tipo de convenciones ha distinguido entre el interés positivo y el interés negativo. En supuestos de responsabilidad extracontractual la indemnización alcanza el interés negativo que da lugar al reembolso de los gastos realizados, sin que ello suponga impedir que dentro del interés negativo se indemnice el daño patrimonial sufrido, debidamente probado (STS 16 de diciembre de 1999). En ningún caso alcanza el llamado interés positivo o la pérdida de oportunidades, como el beneficio que podría obtener la parte perjudicada si se hubiese celebrado el contrato. Se trataría tan solo de colocar a la parte perjudicada en aquella situación en que se habría encontrado si la carta de intenciones no se hubiere suscrito. (p. 9)

Entonces el Tribunal aplicó y encontró CIC en la conducta del demandado por el simple hecho de haber roto las negociaciones preliminares sin justificación; sin embargo, no impuso un

monto resarcitorio puesto que el interés positivo (lucro cesante) no es resarcible de acuerdo a esta doctrina.[1654]

b). Análisis del Caso

El Tribunal concluyó que si bien es cierto hubo negociaciones preliminares, la demandada no había justificado la ruptura injustificada de las mismas, es decir, estimó que sí había incurrido en responsabilidad precontractual *in contrahendo*, pero como el demandante no había demostrado el daño entonces no impuso una sentencia indemnizatoria. Otro aspecto que el Tribunal estimó, fue el de considerar que, según la doctrina de la CIC, solamente el interés negativo puede ser resarcible, mas no el positivo, es decir, no se puede resarcir el lucro cesante.

Por otra parte, el PE no solamente considera si la parte demandada terminó los tratos preparatorios de forma abrupta e justificada, sino que se centra en analizar el daño que pudo haber causado al demandante por un cambio de actitud del promisario confiando de manera razonable en las promesas del promitente. En este caso, aunque el promitente tenía derecho a finalizar las negociaciones preliminares, no debió generar una confianza perjudicial en Monte Carlo. Si no hubiera causado esta confianza perjudicial, el demandado podría haber terminado las negociaciones sin contratiempos.

En contraste en este caso Monte Carlo demandó el lucro cesante (es decir el interés positivo, o daños por expectativa), pero la Corte desestimó la demanda por cuanto opinó que la doctrina de la CIC solamente cubre el interés negativo, y no el positivo. Sin embargo, en el *common law*, existen algunos casos donde el interés positivo puede ser resarcible, como por

[1654] Por su parte, en la sentencia STS 02-11-2010 (RJ 6266/2010) (caso *D. Matías v. Fundación De Beneficencia San Fernando Rey De España Y Sanfrancisco De Asís De La Casa Zayas Y Ossorio Calvache*) se expuso de una manera más coherente que las negociaciones preliminares no son vinculantes y que las partes tienen el derecho de quebrarlas: "La cuestión que en este proceso se planteó en la instancia y se plantea ante esta Sala es diferenciarlos tratos previos y la perfección del contrato. Aquéllos son intrascendentes para el derecho, no producen obligación para las partes y sólo si se da una ruptura injustificada de los mismos, habiendo producido un daño a la otra parte, podría nacer la obligación de repararlo como culpa in contrahendo, que en el presente caso ni se ha planteado. La perfección del contrato, siendo el contrato un negocio jurídico bilateral, existe con la concurrencia (artículo 1261 del Código civil) del consentimiento, objeto y causa. Y el consentimiento (artículo1262), con el concurso de las declaraciones de voluntad coincidentes y contrapuestas -oferta y aceptación-de las partes contractuales."

ejemplo el caso de *Signal Hill Aviation Co. V. Stroppe, Civ.* No. 53239, Second. Dist. Div. Four, Sept. 4, 1979)[1655].

c). El Caso en el Sistema del Common Law

En este apartado veremos qué casos del *common law* pueden dar cobertura a una demanda por lucro cesante (interés positivo) bajo la doctrina del PE.

Como recordamos del capítulo I (y anexo I), Ihering, en su análisis de 1861 basado en el Digesto, aborda la cuestión de la indemnización por daños y el alcance de ésta. Según Ihering, en muchas ocasiones, el daño resarcible puede estar limitado a lo que se conoce como "interés negativo", es decir, el interés en que un contrato no sea considerado válido. Este concepto se refiere a la idea de que la compensación debería poner a la parte afectada en la posición en la que habría estado si el contrato no hubiera existido. Por otro lado, Ihering también señala que, en muchas situaciones, la acción indemnizatoria puede extenderse para cubrir el "interés positivo". Esto implica una compensación que pone a la parte afectada en la posición en la que habría estado si el contrato se hubiese cumplido según lo pactado. Este enfoque refleja una comprensión más amplia del daño y de la responsabilidad en materia contractual, considerando tanto la no ejecución del contrato como las expectativas y beneficios perdidos debido a dicho incumplimiento. Ihering (1861) lo expresa de la siguiente manera:

> Sin embargo, la celebración del supuesto contrato también puede haber resultado en un lucro cesante para el demandante, ya sea porque desestimó otra oportunidad para celebrar el mismo o simplemente no buscó una en una fecha posterior. El cochero que por error reservó para un día diferente al previsto, el posadero que accidentalmente reservó habitaciones en el domicilio en lugar de otra persona, no ha sufrido perjuicio positivo alguno por este error, sólo si ambos en si, como consecuencia de este pedido, ha rechazado otra oportunidad que se le presentó para vender su vehículo o sus habitaciones, esto es completamente equivalente a una pérdida de efectivo para ambos. Sin esa oportunidad, por supuesto, el descuido no habría tenido consecuencias adversas para ella.

[1655] Este caso ha sido analizado en el acápite anterior.

> El interés negativo a veces puede alcanzar el nivel del positivo. En los dos últimos casos, los demandantes reciben exactamente lo que habrían recibido si se hubiera cumplido el contrato. (p. 21)

Este escenario se comprende mejor en el contexto de reservas hoteleras. Imaginemos un hotel casi lleno, donde se hace una reserva usando una tarjeta de crédito para una fecha específica. Si se recibe una solicitud de cancelación justo antes del check-in, esta cancelación de último minuto no sería válida. En tal situación, el hotel tiene el derecho de cobrar una tarifa por cancelación tardía a la tarjeta de crédito, ya que el hotelero sufre daños al verse privado de la oportunidad de ofrecer la habitación a otra persona, especialmente en un período de alta demanda[1656].

Ahora bien, volvamos al tema del tratamiento de casos del *common law* con resepcto a situaciones como las del caso *Inveravante*.

Los casos también suelen estar de acuerdo en que los daños pueden incluir daños por expectativa, daños por confianza o ambos. Por ejemplo, en el caso T*our Costa Rica v. Country Walkers, Inc.,* 171 Vt. 116 (Vt. 2000)[1657], el Tribunal Supremo de Vermont señaló que anteriormente había permitido daños compensatorios o por confianza en casos de estoppel promisorio, pero que nunca había sugerido que los daños promisorios fueran coextensivos con los recursos contractuales completos. A continuación, el Tribunal de Justicia explicó que la

[1656] En este contexto, es importante que el hotel informe claramente a los clientes sobre su política de cancelación, especialmente en lo que respecta a cancelaciones de último minuto. Esta información debe ser claramente visible en su página web o en cualquier plataforma donde se realicen las reservaciones. Debería especificarse que en casos de cancelaciones de último minuto, el hotel se reserva el derecho de cobrar una penalidad. Esta práctica asegura la transparencia y permite que los clientes estén plenamente informados sobre posibles cargos adicionales antes de realizar su reserva.

[1657] Seguido por *Haig v. Dartmouth-Hitchcock Med. Ctr*., Civil Action 2:19-cv-179-kjd (D. Vt. Jan. 31, 2023); *Cole v. Foxmar Inc.,* 387 F. Supp. 3d 370 (D. Vt. 2019); *Boule v. Pike Indus., Inc.,* No. 5:12-cv-7 (D. Vt. Feb. 27, 2013); *Vinci v. V.F. Corp.,* No. 2:17-cv-00091 (D. Vt. Feb. 21, 2018); *Mount Snow Ltd. v. Alli*, (D. Vt. Aug. 21, 2013); *Macia v. Microsoft Corporation*, 152 F. Supp. 2d 535 (D. Vt. 2001); *Island Indus. v. Town of Grand Isle*, 2021 Vt. 49 (Vt. 2021); *Foti Fuels, Inc. v. Kurrle Corp*., 90 A.3d 885 (Vt. 2014); *Green Mountain Investment Corp. v. Flaim*, 174 Vt. 495 (Vt. 2002); *Fab-Tech, Inc. v. Nemours*, 311 F. App'x 443 (2d Cir. 2009); *Cressy v. Proctor*, No. 2:12-cv-262 (D. Vt. Aug. 4, 2015); *McLaughlin v. Langrock Sperry & Wool, LLP*, No. 2:19-cv-00112 (D. Vt. Feb. 12, 2021); *Catamount Radiology, P.C. v. Bailey*, No. 1:14-cv-213 (D. Vt. June 18, 2015); *Country Home Products, Inc. v. Schiller-Pfeiffer, Inc.,* No. 2:04-cv-111 (D. Vt. Mar. 29, 2005); *Howard Opera House v. Urban Outfitters*, 166 F. Supp. 2d 917 (D. Vt. 2001); *Pettersen v. Monaghan Safar Ducham PLLC*, 2021 Vt. 16 (Vt. 2021); *Birchwood Land Co. v. Ormond Bushey & Sons, Inc.,* 82 A.3d 539 (Vt. 2013); *Cooper v. Myer*, 183 Vt. 561 (Vt. 2008); *Waterbury Feed Co., LLC v. O'Neil,* 181 Vt. 535 (Vt. 2006); *Chrysler Corporation v. Chaplake Holdings*, 822 A.2d 1024 (Del. 2003); *Larkin v. City of Burlington*, 172 Vt. 566 (Vt. 2001); entre otros.

naturaleza de los daños y perjuicios concedidos debe estar relacionada con la naturaleza de la acción ejercitada[1658].

De manera similar, en *SIGA Techs., Inc. v. PharmAthene, Inc.,* 67 A.3d 330 (Del. 2013)[1659], la Corte Suprema de Delaware sostuvo que cuando las partes tienen un acuerdo preliminar de Tipo II para negociar de buena fe, y el juez de primera instancia determina que las partes habrían llegado a un acuerdo si no fuera por las negociaciones de mala fe del demandado, el demandante tiene derecho a recuperar los daños y perjuicios de las expectativas contractuales[1660]. En este caso, la Corte opinó:

[1658] Tour Costa Rica (TCR) presentó una demanda contra Country Walkers, Inc. (CW) y Robert Maynard (Maynard) por múltiples reclamos, incluyendo incumplimiento de contrato, estoppel promisorio y enriquecimiento injusto. TCR desestimó un cargo al comienzo del juicio, y el tribunal concedió la moción de CW para un veredicto dirigido sobre el reclamo de fraude. Sin embargo, el tribunal rechazó las mociones de CW para desestimar las otras reclamaciones y argumentar que no había pruebas suficientes para respaldar una indemnización por daños y perjuicios. El jurado falló a favor de CW en la mayoría de los reclamos, pero falló a favor de TCR en el reclamo de estoppel promisorio, otorgando a TCR $ 22,520 en daños. La moción posterior de CW para que se dictara sentencia como cuestión de derecho fue denegada, y el tribunal dictaminó que había pruebas sustanciales que respaldaban las afirmaciones de TCR. El tribunal también discutió la disponibilidad de diferentes tipos de daños en un caso de estoppel promisorio, argumentando que los daños por expectativa son el único remedio que compensa adecuadamente al demandante.

[1659] Seguido por *Pharmathene, Inc. v. Siga Techs., Inc.*, Civil Action No. 2627-VCP (Del. Ch. Aug. 8, 2014); *Greentech Consultancy Co., WLL v. Hilco IP Servs.*, C. A. N20C-07-052 AML CCLD (Del. Super. Ct. May 11, 2022); *White Winston Select Asset Funds, LLC v. Good Times Rests*., 1:19-cv-2092-SB (D. Del. May 25, 2022); *Cox Commc'ns Inc. v. T-Mobile US, Inc.,* 273 A.3d 752 (Del. 2022); *The Bos. Consulting Grp. v. GameStop Corp*., Civil Action 22-363-CJB (D. Del. Mar. 29, 2023); *Osco Motors Co. v. Marine Acquisition Corp*., C. A. No. 13-868-RGA-MPT (D. Del. Dec. 2, 2013); *CKSJB Holdings v. EPAM Sys*., No. 19-1951 (3d Cir. Dec. 2, 2020); *Leone v. Owsley*, 810 F.3d 1149 (10th Cir. 2015); *37Celsius Capital Partners L.P. v. Intel Corp*., No. 20-CV-621 (E.D. Wis. Aug. 4, 2022); *Batty v. UCAR Int'l Inc.,* C.A. No. 2018-0376-KSJM (Del. Ch. Apr. 3, 2019); *Black Horse Capital, LP v. Xstelos Holdings, Inc.*, C.A. No. 8642-VCP (Del. Ch. Sep. 30, 2014); *Omega Capital Mgmt. Partners v. Schrage*, No. 21-2924 (3d Cir. Dec. 22, 2022); *Phyto Tech Corp. v. Givaudan SA*, 18-CV-6172 (JGK) (S.D.N.Y. Feb. 1, 2023); *Automated Precision, Inc. v. Pare*, Civil Action 21-1562-GBW (D. Del. Sep. 27, 2022); *White Winston Select Asset Funds, LLC v. Good Times Rests*., 1:19-cv-2092-SB (D. Del. May 5, 2022); *37celsius Capital Partners, L.P. v. Intel Corp.*, No. 20-CV-621 (E.D. Wis. Oct. 18, 2021); *Columbus Life Ins. Co. v. Wilmington Tr.*, C. A. 20-736 (MN) (JLH) (D. Del. Aug. 31, 2021); *Accountable Health Sols., LLC v. Wellness Corp. Sols., LLC*, 333 F. Supp. 3d 1133 (D. Kan. 2018); *ev3, Inc. v. Lesh*, 114 A.3d 527 (Del. 2014); *Ev3, Inc. v. Michael Lesh, M.D., & Erik Van Der Burg, Acting Jointly, Inc*., No. 515, 2013 (Del. Sep. 30, 2014); *In re Landon*, C. A. 5230-VCZ (Del. Ch. Aug. 28, 2023); *Riverside Risk Advisors LLC v. Grace I Ching Chao*, C. A. 2019-0789-KSJM (Del. Ch. Oct. 26, 2022); *1 Oak Private Equity Venture Capital Ltd. v. Twitter, Inc.,* C.A. No. N14C-10-186 EMD CCLD (Del. Super. Ct. Nov. 20, 2015); *Pabban Dev., Inc. v. Kyphon Sarl*, No. 14-56465 (9th Cir. Dec. 8, 2016); *Audubon Engineering Co. v. International Procurement & Contracting Group LLC*, 647 F. App'x 95 (3d Cir. 2016); *Butler v. Balolia*, 736 F.3d 609 (1st Cir. 2013); *EMA Fin. v. TPT Glob. Tech*, 20-CV-8781 (VSB) (S.D.N.Y. Oct. 26, 2023); *Honeywell Int'l v. Opto Elecs. Co*., Civil Action 3:21-CV-00506-KDB-DCK (W.D.N.C. Sep. 27, 2023); entre otros.

[1660] SIGA Technologies, Inc. y PharmAthene, Inc. son corporaciones de Delaware dedicadas a la investigación y el desarrollo de biodefensa. SIGA adquirió un medicamento antiviral para el tratamiento de la viruela, ST-246, en 2004, pero a finales de 2005 estaba experimentando dificultades para desarrollar el medicamento. Las dos compañías comenzaron a discutir una posible colaboración, con PharmAthene interesada en una fusión y SIGA interesada en un acuerdo de licencia. Negociaron una hoja de términos para un acuerdo de licencia, que incluía términos relacionados con patentes, licencias, tarifas y regalías. Sin embargo, cuando el consejo de administración de PharmAthene decidió buscar una fusión, acordaron proporcionar financiación puente a SIGA con la condición de que obtuvieran una licencia para ST-246 si la fusión fracasaba. Un borrador de la hoja de condiciones de la fusión incluía una disposición para que un acuerdo de licencia se ejecutara simultáneamente con el acuerdo de fusión. Tras la rescisión del acuerdo de fusión, se iniciaron los procedimientos legales, y el Vicerrector falló a favor de PharmAthene. La Corte Suprema de Delaware afirmó que la obligación de negociar de buena fe es exigible, pero revocó la decisión promisoria del Vicecanciller. El tribunal también discutió el remedio adecuado para el incumplimiento de un acuerdo de negociación de buena fe,

> Ahora sostenemos que cuando las partes tienen un acuerdo preliminar de Tipo II para negociar de buena fe, y el juez de primera instancia hace una determinación fáctica, respaldada por el expediente, de que las partes habrían llegado a un acuerdo si no fuera por las negociaciones de mala fe del demandado, el demandante tiene derecho a recuperar los daños y perjuicios de las expectativas contractuales. PharmAthene IV, 2011 WL 6392906, en *3 (Del.Ch. 16 de diciembre de 2011) (citando PharmAthene III, 2011 WL 4390726, en *31–34 (Del.Ch. 22 de septiembre de 2011)) ("En [PharmAthene III], el Tribunal reconoció que aparentemente aún no existe un consenso en Delaware o en otras jurisdicciones sobre si el incumplimiento de una obligación contractual expresa de negociar de buena fe es susceptible de un recurso legal de daños y perjuicios, o limitado únicamente a los daños por confianza"). Una indemnización por daños y perjuicios presupone que el demandante puede probar los daños con una certeza razonable. *Callahan v. Rafail,* 2001 WL 283012, en *1 (Del.Super. 16 de marzo de 2001) ("Es una ley bien establecida que 'sólo se permitirá una recuperación por lucro cesante si su pérdida puede probarse, con un grado razonable de certeza".

Entonces, es posible recuperar daños por expectativa (lucro cesante) o interés positivo, pero dicha indemnización por daños y perjuicios presupone que el demandante puede probar los daños con una certeza razonable.

F). Caso Montoro: STS 26-02-1994 (RJ 14945/1994[1661]

a). Análisis del Caso

En el juicio de menor cuantía (núm. 630/88) llevado a cabo en el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Barcelona, la entidad "Montoro Iluminación, S.A." presentó una demanda solicitando una indemnización y el pago de costas. La parte demandada, compuesta por "Activos en Gestión, S.A.", "Expo Grupo, S.A." y Don Francisco, se opuso a la demanda y solicitó que se desestimara en su totalidad, argumentando su posición fáctica y jurídica. Además, solicitaron que se impusieran las costas a la parte demandante por su temeridad y mala fe.

La Sentencia del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Barcelona, emitida el 19 de febrero de 1990, desestimó la demanda y absolvió a los demandados sin

sosteniendo en última instancia que los daños y perjuicios esperados están disponibles y que el demandante tiene derecho a recuperar los daños y perjuicios esperados del contrato.

[1661] *Montoro Iluminación, S.A. v. Expo Grupo, S.A., Activos de Gestión, S.A. y D. Antonio M. F.* STS 26-02-1994 (RJ 14945/1994), en adelante referido como "Caso Montoro".

imponer costas. La empresa demandante presentó un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo núm. 214/90), el cual fue resuelto por la Sección Undécima. La Sentencia de apelación, emitida el 8 de enero de 1991, confirmó íntegramente la Sentencia de instancia y impuso las costas procesales a la recurrente.

En la vista oral y pública del recurso, que tuvo lugar el 10 de febrero de 1994, estuvieron presentes y participaron las partes convocadas, contando con la presencia e intervención del abogado de la parte recurrida. Sin embargo, la parte recurrente no compareció al acto. El Magistrado Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil actuó como Ponente en el caso. A continuación, se presentan los fundamentos de derecho de la resolución.

Los cuatro primeros motivos presentados en el recurso son examinados conjuntamente debido a que alegan un error en la apreciación de la prueba basado en los documentos presentados por la parte recurrente, “Montoro Iluminación, S.A.”. Estos documentos incluyen una copia del Telex número 886/87 fechado el 2 de octubre de 1987, que describe las lámparas y plafones a instalar en el hotel “Gran Mediterráneo Palace” en Arona (Playa de las Américas, Tenerife), junto con las condiciones de envío y el precio total. También se incluye una fotocopia de una carta fechada el 21 de octubre de 1987, que aborda el ahorro energético y el uso de polipastos eléctricos. Además, se presenta una copia del Telex 975/87 fechado el 30 de octubre de 1987, confirmando la información previa y notificando el inicio de los trabajos, e incluyendo una solicitud de confirmación escrita y una carta de crédito irrevocable como garantía de pago.

El último documento es una copia de una carta fechada el 11 de diciembre de 1987, enviada por “Activos en Gestión, S.A.” a “Montoro Iluminación, S.A.”, en la cual se informa que no se ha realizado ningún pedido y se denuncian las diferencias irreconciliables en las pretensiones contractuales, lo que lleva a rechazar la oferta.

La parte recurrente argumenta la existencia de un convenio verbal y sostiene que los documentos presentados demuestran la aceptación y conformidad de los demandados, pero estos documentos no contienen cláusulas expresas ni manifestaciones de conformidad con las propuestas y ofertas mencionadas. Además, se solicita una conformidad por escrito, lo que indica que dicha conformidad no se había producido.

La postura de la recurrente, sostiene el Tribunal, no se basa en una denuncia concreta de error probatorio, sino en una interpretación parcial e interesada de la Sentencia en apelación. La Sentencia se basó en los documentos presentados y les dio el significado adecuado, concluyendo que se trataba de meras ofertas que no llegaron a concretarse en un contrato vinculante debido a la falta de acuerdo en aspectos esenciales. Los motivos se desestiman por el Tribunal porque no se cumplió con el requisito de que los documentos evidencien por sí mismos un error probatorio. La recurrente pretendió presentar las relaciones con "Activos de Gestión, S.A." como un contrato de arrendamiento de obras consumado y perfecto, pero no se logró llegar a un acuerdo final en aspectos importantes. Hubo discrepancia en el precio y la oferta de la instalación no fue aceptada en su totalidad.

El Tribunal opina en esta sentencia que los documentos presentados no reflejan una aceptación efectiva de los términos y condiciones del contrato, sino más bien una serie de actividades preliminares relacionadas con ofertas de material, precio e instalaciones. Por lo tanto, no se ha demostrado una aceptación real de los términos del contrato como se argumenta, lo que indica que no se trata de un convenio perfecto o inicial, sino de gestiones y actividades preliminares en torno a la oferta de "Montoro Iluminación, S.A.". Los contratos adquieren su obligatoriedad y contenido jurídico tan pronto como se obtiene el consentimiento de las partes, lo que implica que la oferta debe ser seguida por su aceptación como manifestación del acuerdo sobre el objeto y la causa del convenio.

En palabras textuales del Magistrado Alfonso Villagómez Rodil[1662]:

> El prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto de que, en otro caso, se puede producir situación de responsabilidad por razón de la culpa in contrahendo.
>
> De esta manera se impone tener en cuenta el *iter* contractos, desde la oferta como propuesta de negocio contractual, con todos los elementos esenciales de éste y predominio de su condición de unilateralidad, supeditada a obtener respuesta positiva, hasta la necesaria aceptación por parte del que la recibe y al que se dirige, salvo las inciertas y masivas, (al público en general).

[1662] STS 26-02-1994 (RJ 14945/1994).

> La conjunción oferta-aceptación debe ser coincidente y cualquier modificación por el destinatario supone la continuación de las relaciones preliminares que su contraoferta ocasiona.
>
> Dicha aceptación hade ser, con independencia de la forma en que se manifiesta, en todo caso conclúyeme [sic] y definitiva para exteriorizar de forma inequívoca la voluntad de aceptar. (Segundo fundamento de derecho).

b). Análisis del Caso

De modo que el Tribunal concluyó que no se estaba frente a un contrato perfeccionado y consumado sino frente a tratos previos, a situaciones preparatorias. En este punto es necesario detener nuestra atención, por cuanto el Tribunal expone en esta sentencia dos ideas clave para el concepto de CIC (RINP), una idea es la referida a la buena fe como concepto que se asume iuris tantum, es decir, se presume que las partes actúan de buena fe mientras no se pruebe lo contrario. El segundo concepto es que la mala fe debe probarse, y de probarse la mala fe (o la malicia) entonces recién se procede al análisis de la obligación resarcitoria de la teoría precontractual. En otras palabras, la mala fe es una condición *sine qua nom* para la CIC. Veámoslo a continuación en palabras del Magistrado Alfonso Villagómez Rodil[1663] *ad literam*:

> La buena fe debe presidir toda la actividad negocial, con mayor necesidad y premura de seguridad, en las relaciones de carácter preliminar, al configurar expectativas de derechos en las partes interesadas.
>
> El entronque de la posible responsabilidad precontractual ha de relacionarse necesariamente con la observancia del principio general de buena fe.
>
> La Sentencia atacada declara que no cabe predicar de la conducta de las partes recurridas que haya existido mala fe, al apartarse de los tratos comerciales sostenidos con la sociedad actora.
>
> La buena fe como concepto jurídico hay que presumir concurrente mientras no sea expresamente contra dicha judicialmente, y, al tener como partida para su estimación o no, hechos, conductas y actividades exteriorizadas, es de la libre apreciación por los Tribunales, por lo que su control casacional procede sise impugnan con éxito los hechos en los que se fundamente tal apreciación, al quedar así abierta su valoración jurídica en relación a la conducta de los recurridos puesta de manifiesto en

[1663]STS 26-02-1994 (RJ 14945/1994).

> las probanzas correspondientes para acreditar su ausencia en las relaciones que mantuvieron los que litigan.
>
> Al resultar vacía de toda acreditación, lo actuado no se presenta, así como amparador de una situación constatada de mala fe, que generaría la responsabilidad contractual-indemnizatoria que se postula. (Cuarto fundamento de derecho).

Entonces, como en este caso no se había probado la mala fe del demandado, se desestima y se declara que no procede el recurso de J57 casación que formula la entidad "Montoro Iluminación, S. A." contra la Sentencia que pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona.

En el este sentido, en la sentencia STS 14-12-2012 (RJ 8304/2012) el Magistrado Antonio Salas Carceller opinó:[1664]

> La sentencia dictada por el Juzgado, cuya fundamentación hace suya la Audiencia, que la confirma, no sólo considera que no existió contrato entre las partes sino, además, que únicamente se dieron entre las mismas unos contactos previos o "tratos preliminares" sin trascendencia ni eficacia obligacional, por lo que -lógicamente- su ruptura unilateral por la parte demandada no podía generar responsabilidad alguna y, en consecuencia, derecho a indemnización, ya que -como añade el Juzgado mediante razonamientos a los que se remite la Audiencia- no se aprecia mala fe en la actuación de la demandada, único caso en que cabría considerar una posible responsabilidad por culpa "in Contrahendo". Por ello la desestimación íntegra de la demanda a que se refiere el "fallo" de primera instancia no es incongruente en cuanto, por tal motivo, rechaza tanto la pretensión principal de la demanda como las formuladas con carácter subsidiario. (Tercer fundamento de derecho).

En cambio, para el PE no interesa si existió buena o mala fe, lo que interesa es que Montoro Iluminación, S.A. confió en las representaciones hechas por la parte demandada, y en confianza legitima en dichas representaciones (que han sido probadas por abundante evidencia en este caso) incurre en gastos que con justicia deben ser resarcibles.

[1664] STS 14-12-2012 (RJ 8304/2012) en adelante "*Mercantil Truck Jaén, SL v. Mercantil Andaltrucks, S.A*." o "*Mercantil Track Jaen*".

c). El Caso en el Sistema del Common Law

Veamos ahora en el sistema del *common law* los casos que desde la perspectiva del *common law* resuelven situaciones similares sin interesar la buena o mala fe del promitente para plantear una demanda basada en PE, y consecuentemente para sustentar un daño indemnizable, sea éste un daño de confianza o de expectativa.

Las autoridades sugieren que la buena fe no es un elemento del estoppel promisorio, aunque en algunos casos no se indica explícitamente.

En varios casos se examinan los elementos del estoppel promisorio sin mencionar la buena fe como requisito. Por ejemplo, en el caso *Liebowitz v. Richman*, Civil Action 21-16538 (D.N.J. Apr. 22, 2022)[1665], el tribunal enumera cuatro elementos de estoppel promisorio bajo la ley de Nueva Jersey, ninguno de los cuales incluye la buena fe.

De manera similar, en *Temple v. City of Belle Plaine*, 475 F. Supp. 3d 950 (D. Minn. 2020)[1666], el tribunal describe cuatro elementos de estoppel promisorio bajo la ley de Minnesota, y no se menciona la buena fe[1667].

UMIA Ins. v. Saltz, 2022 UT 21 (Utah 2022)[1668] tampoco menciona la buena fe como un elemento del estoppel promisorio[1669]. Otros casos, como *Lord v. Souder*, 748 A.2d 393 (Del.

[1665] Seguido por *Westpark Elecs. v. Edealer LLC*, 22cv4327 (EP) (JSA) (D.N.J. Jan. 11, 2023).

[1666] Seguido por *The Satanic Temple v. City of Belle Plaine*, 19-cv-1122 (WMW/JFD) (D. Minn. Sep. 15, 2021); *Let Them Play MN v. Walz,* 556 F. Supp. 3d 968 (D. Minn. 2021).

[1667] En el caso número 19-cv-1122, el Templo Satánico (TST) demandó a la ciudad de Belle Plaine, Minnesota, así como a varios miembros del consejo y al alcalde, alegando violaciones del libre ejercicio de la religión, la libertad de expresión, la igualdad de protección y la RLUIPA, así como el estoppel promisorio. La disputa surgió de dos resoluciones aprobadas por el Concejo Municipal de Belle Plaine, una que estableció un foro público limitado en el Parque Conmemorativo de los Veteranos y otra que rescindió esa resolución. TST había recibido un permiso para erigir una exhibición en el parque, pero nunca lo hizo después de que se aprobara la segunda resolución. El tribunal rechazó la moción de TST para que se dictara sentencia sobre los alegatos y concedió en parte y denegó en parte la moción de los demandados para que se dictara sentencia sobre los alegatos. El tribunal desestimó la mayoría de las reclamaciones de TST, incluidas las presentadas contra acusados individuales, por diversas razones, como la insuficiencia de las alegaciones fácticas. Sin embargo, el tribunal permitió que procediera la demanda de estoppel promiso

[1668] Seguido *por K.T. v. S.T. (In re Interest of A.B.*), 523 P.3d 168 (Utah 2022); *Burton v. Chen*, 2023 UT 14 (Utah 2023); *Farm Bureau Mut. Ins. v. Weston*, 2023 UT App. 136 (Utah Ct. App. 2023); *Huitron v. Kaye*, 2022 UT 36 (Utah 2022).

[1669] UMIA Insurance, Inc. y Renato Saltz, M.D. están en una disputa legal sobre la cobertura del seguro después de que Saltz fuera demandada por un ex paciente por divulgar sus fotos antes y después de la cirugía a un medio de comunicación. UMIA inicialmente defendió a Saltz, pero luego presentó una demanda de juicio declaratorio alegando que Saltz carecía de cobertura de seguro para los reclamos del paciente. Saltz contrademandó, alegando que tenía cobertura bajo el lenguaje claro de su póliza UMIA y bajo los principios de renuncia y preclusión promisoria. También solicitó daños compensatorios y punitivos, alegando que UMIA incumplió su deber de buena fe. El tribunal de distrito determinó que Saltz no estaba cubierto por el lenguaje claro de la póliza, pero permitió

2000)[1670], discuten la doctrina del estoppel promisorio en detalle, pero no mencionan la buena fe como un requisito.

Sólo un caso, *Silverman v. Actrade Capital, Inc. (In re Actrade Financial Technologies Ltd.)*, 337 B.R. 791 (Bankr. S.D.N.Y. 2005)[1671], analiza el papel de la buena fe en un contexto

---

que su estoppel promisorio y su incumplimiento de las reclamaciones de buena fe fueran a un jurado. El jurado falló a favor de Saltz en ambos reclamos, y el tribunal de distrito rechazó la moción de UMIA para un nuevo juicio. La Corte Suprema de Utah confirmó en parte, revocó en parte y remitió el caso para nuevos procedimientos. Específicamente, la Corte Suprema de Utah confirmó la denegación del tribunal de distrito de la moción de sentencia de UMIA como cuestión de derecho sobre el reclamo de estoppel promisorio de Saltz, pero revocó la desestimación del reclamo de exención de Saltz. **El tribunal también confirmó la determinación del tribunal de distrito de que UMIA no tenía derecho a una sentencia como cuestión de derecho sobre la reclamación de Saltz por incumplimiento del deber de buena fe.** La Corte Suprema de Utah aclaró además que la renuncia es un reclamo válido en el contexto del seguro de terceros y que el estoppel promisorio establece la cobertura para Saltz. El tribunal también confirmó la denegación del tribunal de distrito de la moción de UMIA para un nuevo juicio, pero revocó la desestimación de la solicitud de Saltz por daños punitivos y remitió para nuevos procedimientos sobre los honorarios de los abogados

[1670] Seguido por *Torres v. Sussex Cnty. Council*, C.A. No. S14C-05-023 THG (Del. Super. Ct. Dec. 8, 2014); *DelPalazzo v. Horizon Grp. Holding*, Civil Action 19-5682-KSM (E.D. Pa. Mar. 28, 2022); *Brooks v. Fiore*, C.A. No. 00-803 GMS (D. Del. Oct. 11, 2001); *Alltrista Plastics, LLC v. Rockline Indus., Inc*., C.A. No. N12C-09-094 JTV (Del. Super. Ct. Sep. 4, 2013); *Grunstein v. Silva,* C.A. No. 3932-VCN (Del. Ch. Dec. 8, 2009); *Gilliland v. St. Joseph's at Providence Creek,* C.A. No. 04C-09-042 (Del. Super. Ct. Jan. 27, 2006); *NYE v. University Of Delaware,* C.A. No. 02C-12-065JRJ (Del. Super. Ct. Sep. 17, 2003); T*hompson v. Delaware Dep't of Servs. for Children, Youth & their Families*, 44 F.4th 188 (3d Cir. 2022); *Equal Employment Opportunity v. Avecia*, 151 F. App'x 112 (3d Cir. 2005); *Uhlig LLC v. Corelogic, Inc.,* No. 21-2543-DDC-GEB (D. Kan. Sep. 30, 2022); *Mitchell v. Cooper*, C.A. No. 14-1421-LPS (D. Del. Sep. 29, 2015); *Locuspoint Networks, LLC v. D.T.V. LLC*, No. 14-cv-01278-JSC (N.D. Cal. Aug. 25, 2015); *Parker v. Comcast Corporation,* Civil Action No. 04-344-KAJ (D. Del. Mar. 17, 2006); *McHugh v. Board of Educ. of Milford School Dist*., 100 F. Supp. 2d 231 (D. Del. 2000); *Chrysler Corporation v. Chaplake Holdings*, 822 A.2d 1024 (Del. 2003); *Davis v. Town of S. Bethany Beach,* C. A. S20C-06-018 CAK (Del. Super. Ct. Oct. 11, 2022); *Standard Gen. L.P. v. Charney*, C.A. No. 11287-CB (Del. Ch. Dec. 19, 2017); *Ramone v. Lang*, C.A. No. 1592-N (Del. Ch. Apr. 3, 2006); *Lord v. Peninsula United Meth. Homes*, CIVIL ACTION NO: 97C-10-012 (Del. Super. Ct. Apr. 12, 2001); *Dial v. Astropower, Inc*., C.A. No. 98C-08-150-WTQ (Del. Super. Ct. June 20, 2000); *Metzgar v. Del. Dep't of Nat. Res. & Envtl. Control*, No. 20-1294 (3d Cir. Dec. 24, 2020); *nView Health, Inc. v. Sheehan*, 8:21-cv-385-VMC-TGW (M.D. Fla. Nov. 14, 2022); *v Medex, Inc. v. TDS Operating, Inc*., C.A. No. 18-1662 (MN) (D. Del. May 3, 2021); *Tyler v. Diamond State Port Corp*., C.A. No. 18-00195 (MN) (D. Del. July 26, 2019); *Stella v. Del. Dep't of Educ*., 367 F. Supp. 3d 235 (D. Del. 2019); *Lorem Vascular, Pty. Ltd. v. Cytori Therapeutics, Inc.,* Case No.: 18cv815 MMA (MDD) (S.D. Cal. July 11, 2018); *Cavi v. Evolving Sys. NC, Inc*., Civil Action No. 15-1211-RGA (D. Del. May 21, 2018); *Gillespie v. Hocker*, Civ. No. 15-51-SLR (D. Del. July 22, 2015); *Mimm v. Vanguard Dealer Servs., LLC*, Civil Action No. 11-736 GMS (D. Del. Oct. 4, 2012); *Linkerhof v. Delaware Soc'y for the Prevention of Cruelty to Animals,* C.A. No. 11-256-LPS (D. Del. Mar. 9, 2012); *Collier v. Target Stores Corporation*, Civ. No. 03-1144-SLR Consolidated (D. Del. Apr. 13, 2005); *Murphy v. Bancroft Construction Company*, C.A. No. 02-453-SLR (D. Del. Sep. 8, 2003); *Harmon v. State*, 62 A.3d 1198 (Del. 2013); *Lidya Holdings Inc. v. Eksin*, C. A. 2021-0110-JRS (Del. Ch. Mar. 23, 2022); entre otros.

[1671] Seguido por *Gowan v. Patriot Group, LLC* (In re Dreier LLP), 452 B.R. 391 (Bankr. S.D.N.Y. 2011*); In re Dreier LLP*, 452 B.R. 391 (Bankr. S.D.N.Y. 2011); *Picard ex rel. Bernard L. Madoff Investment Securities LLC v. Estate of Chais (In re Bernard L. Madoff Investment Securities LLC)*, 445 B.R. 206 (Bankr. S.D.N.Y. 2011); *In re Bernard L. Madoff Inv. Sec. LLC,* 445 B.R. 206 (Bankr. S.D.N.Y. 2011); *McCord v. Ally Financial, Inc. (In re USA United Fleet, Inc.)*, 559 B.R. 41 (Bankr. E.D.N.Y. 2016); *Vivaro Corp. v. Leucadia Nat'l Corp. (In re Vivaro Corp.),* 524 B.R. 536 (Bankr. S.D.N.Y. 2015); *In re Bernard L. Madoff Inv. Sec. LLC*, 440 B.R. 243 (Bankr. S.D.N.Y. 2010); *In re Marketxt Holdings Corp*., 376 B.R. 390 (Bankr. S.D.N.Y. 2007); Gero*n v. Craig (In re Direct Access Partners, LLC*), 602 B.R. 495 (Bankr. S.D.N.Y. 2019); *Kramer v. Mahia (In re Khan),* No. 10-46901-ess (Bankr. E.D.N.Y. Sep. 30, 2014); *Wagner v. Pruett (In re Vaughan Co.),* 477 B.R. 206 (Bankr. D.N.M. 2012); *In re Allou Distributors, Inc.*, 379 B.R. 5 (Bankr. E.D.N.Y. 2007); *Kirschner v. Fitzsimons (In re Tribune Co. Fraudulent Conveyance Litig.),* Multidistrict Litigation No. 11-md-2296 (RJS) (S.D.N.Y. Jan. 6, 2017); *Picard v. Cohmad Sec. Corp. (In re Bernard L. Madoff Inv. Sec. LLC*), 11 Misc. 337 (S.D.N.Y. Nov. 14, 2012); *In re Bernard L. Madoff Investment Securities LLC,* 11 MC 0012 (KMW) (S.D.N.Y. Aug. 31, 2011); *In Matter of Bayou Group*, LLC, No. 06-22306 (ASH), Jointly Administered, 09 Civ. 02577 (PGG), 09 Civ. 02313 (PGG), 09 Civ. 02340 (PGG), 09 Civ. 02343 (PGG), 09 Civ. 02345 (PGG), 09 Civ. 02347 (PGG), 09 Civ. 02351 (PGG), 09 Civ. 02353 (PGG) (S.D.N.Y. Sep. 17, 2010); *O'Connor v. DL-DW Holdings (In re Extended Stay, Inc*.), No. 09-13764-JLG (Bankr. S.D.N.Y. Aug. 8, 2020); *Silverman v. A-Z RX LLC (In re Allou Distribs. Inc.),* No. 8-03-82321-ess (Bankr. E.D.N.Y. Dec. 3, 2012); *In re Tronox Inc*., 429 B.R. 73 (Bankr. S.D.N.Y. 2010); *In re Tronox Incorporated*, No. 09-10156 (ALG) Jointly Administered (Bankr. S.D.N.Y. Mar. 31, 2010); *Horwitt v. Sarroff*, No. 3:17-cv-1902 (VAB) (D. Conn. Sep. 11, 2020); *Official*

diferente, en relación con un caso de traspaso fraudulento constructivo; y justamente se discute la buena fe porque para probar el fraude es necesario probar la mala fe, que, en el contexto del Digesto, se entiende como fraude o dolo[1672].

En general, las autoridades sugieren que la buena fe no es un elemento del estoppel promisorio.

G). Caso Industrias BEC: STS 05-04-199 (RJ 2310/1999)[1673]

a). Antecedentes del Caso

El caso involucra una demanda presentada por Sociedad Mercantil DIRECCION001, contra INDUSTRIAS BEC, S.A. La sentencia inicial del juzgado, fechada el 30 de abril de 1993, desestimó parcialmente las reclamaciones del demandante, pero ordenó al demandado pagar al actor 840.000 pesetas, más los intereses legales desde la fecha de la intervención judicial. No se hizo un pronunciamiento especial en cuanto a las costas procesales.

Comm. of Unsecured Creditors v. Sabine Oil & Gas Corp. (In re Sabine Oil & Gas Corp.), 562 B.R. 211 (S.D.N.Y. 2016); *Perkins v. Bamberger (In re Carton),* No. 20-19781-VFP (Bankr. D.N.J. Nov. 20, 2023); *MSGI Liquidation Tr. v. Modell (In re Modell's Sporting Goods, Inc*.), 20-14179 (VFP) (Bankr. D.N.J. Apr. 14, 2023); *Tese-Milner v. Bon Seung Kim (In re Level 8 Apparel, LLC*), No. 16-13164 (JLG) (Bankr. S.D.N.Y. Jan. 26, 2021); *Holliday v. K Rd. Power Mgmt. (In re Bos. Generating LLC*), 617 B.R. 442 (Bankr. S.D.N.Y. 2020); *45 John Lofts, LLC v. Meridian Capital Grp. LLC (In re 45 John Lofts, LLC),* 599 B.R. 730 (Bankr. S.D.N.Y. 2019*); O'Neil v. New England Rd., Inc. (In re Neri Bros. Constr. Corp*.), 593 B.R. 100 (Bankr. D. Conn. 2018); *Arnold v. First Citizens Nat'l Bank (In re Cornerstone Homes, Inc.)*, 567 B.R. 37 (Bankr. W.D.N.Y. 2017); *Messer v. Wei Chu (In re Xiang Yong Gao)*, 560 B.R. 50 (Bankr. E.D.N.Y. 2016); *Geltzer v. Barish (In re Geltzer*), No. 11-10219 (ALG) (Bankr. S.D.N.Y. Dec. 12, 2013); *Silverman v. Meister Seelig & Fein, LLP (In re Agape World Inc*.), 467 B.R. 556 (Bankr. E.D.N.Y. 2012); *Pryor v. Tiffen (In re TC Liquidations LLC*), 463 B.R. 257 (Bankr. E.D.N.Y. 2011); In re *Bernard L. Madoff Inv. Sec. Llc*, 458 B.R. 87 (Bankr. S.D.N.Y. 2011); entre otros.

[1672] Actrade Financial Technologies Ltd. y Actrade Capital, Inc. se acogieron al Capítulo 11 de la Ley de Quiebras en diciembre de 2002. Kenneth P. Silverman, el fideicomisario del Capítulo 7 del acreedor Allou Distributors, Inc., presentó una demanda de 48 millones de dólares contra Actrade, alegando transferencias fraudulentas. Silverman alega que Allou fue víctima de un esquema de fraude perpetrado por la familia Jacobs, que infló el inventario y las cuentas por cobrar para pedir prestado más dinero a Congress Financial Corp. Silverman también alega que Actrade participó en prácticas de préstamos fraudulentos y autonegociación, según las acusaciones hechas en una demanda colectiva de accionistas de 2002. Además, el Fideicomisario describe seis reclamaciones de reparación contra Actrade, basadas en transferencias fraudulentas tanto intencionales como implícitas. Silverman argumenta que Actrade adelantó fondos a sabiendas contra inventario ficticio y ayudó a Allou a ocultar transacciones a los acreedores. El tribunal analiza los requisitos para que un fideicomisario evite una transferencia bajo la ley de bancarrota, y las diferentes formulaciones de estos requisitos bajo la ley federal y del estado de Nueva York. También aborda la aplicabilidad de la Regla 9(b) a diferentes tipos de reclamaciones por fraude. Actrade presentó una moción para desestimar la demanda de Silverman, argumentando que no presentó un reclamo o alegó fraude con especificidad. El tribunal concedió la moción de Actrade en parte y la rechazó en parte, señalando que el fideicomisario no ha cumplido con los requisitos para presentar un reclamo por transferencia fraudulenta intencional. Sin embargo, el fideicomisario tiene la oportunidad de alegar para cumplir con los requisitos de especificidad. El tribunal también analiza el concepto de "valor indirecto" y la cuestión de la "buena fe" en relación con las reclamaciones de traspaso fraudulentas. Actrade argumenta que una decisión reciente a su favor es concluyente, pero el tribunal considera que no es determinante por dos razones.

[1673] *Sociedad Mercantil DIRECCION001 v. Industrias BEC, S.A.,* STS 05-04-199 (RJ 2310/1999). En adelante referido como "Caso Industrias BEC".

La representación procesal de DIRECCION001 interpuso un recurso de apelación contra la sentencia inicial. El recurso fue admitido y la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Cuarta, dictó sentencia el 19 de julio de 1999. En su fallo, se estimó parcialmente el recurso interpuesto por Sociedad Mercantil DIRECCION001, revocando la sentencia inicial exclusivamente en el sentido de condenar a Industrias BEC, S.A. a pagar a DIRECCION001 la suma de Cuatro Millones Cuatrocientas Veinticinco Mil Pesetas (4.425.000 ptas.).

El demandado Industrias BEC interpuso recurso de casación, y alega la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Se cita como norma infringida el artículo 1902 del Código Civil, alegando una mala aplicación del mismo, ya que para que exista obligación de indemnizar por daños causados a otra persona debe haber culpa o negligencia. También se menciona como norma infringida la jurisprudencia del Alto Tribunal en relación con la *culpa in contrahendo* (culpa en la fase precontractual). Además, se considera infringido el artículo 7.1 del Código Civil, que establece que los derechos deben ejercitarse de acuerdo con los principios de buena fe.

Como se recuerda, el artículo 7 del Código Civil español (CCE) reza lo siguiente: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe"[1674] y el numeral 1902 del (CCE) que dice: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."[1675]

Para entender el caso, entendamos brevemente los fundamentos de hecho expuestos en la resolución *sub judice*. Industrias BEC, S.A., fue contratada por la Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, S.A., para realizar ciertas obras (una de los variados estudios tuvo relación con soluciones técnicas a los problemas constructivos del Pabellón de la Navegación). Además, se menciona que Industrias BEC, S.A., estableció contacto con DIRECCION001, dirigida por el Sr. Jesus Miguel, para realizar estudios relacionados con soluciones técnicas para el proyecto. Posteriormente, se suscribió un documento de presupuesto de vidriería (el 17 de julio de 1991) sin especificar plazos de entrega, forma de pago o garantías. Hubo comunicaciones y ofertas posteriores, pero finalmente Industrias BEC, S.A., rechazó a DIRECCION001 y se mencionan cifras de indemnización propuestas.

[1674] Código Civil español (CCE). Art. 7. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).
[1675] Código Civil español (CCE). Art. 1902. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

La “ratio decidendi” del fallo de primera instancia se refiere a la posible responsabilidad por culpa “in contrahendo” (culpa en la fase precontractual), y se argumenta que no hay evidencia de mala fe por parte de Industrias BEC, S.A., en sus acciones. Además, se menciona jurisprudencia que establece la importancia de la buena fe en las negociaciones previas a la celebración del contrato. Específicamente el Juez Ponente de esta resolución Luis Martínez-Calcerrada Gómez expuso[1676]:

> …Es claro que, de esa propia descripción, no se puede concluir sin más, en el sentido de la “*ratio decidendi”* que se explicita en el F.J. 3º, esto es, la posible responsabilidad por culpa "in contrahendo", ya que, no se explica ni se intuye, bajo ninguna hipótesis de entendimiento, que por parte de la demandada, se actuáse desoyendo la recta actuación que en cualquier fase del "iter" negocial, debe presidir la teleología “*ad stipulationem*”,esto es, obrando bajo los principios de la diligencia y la buena fe, base de la confianza recíproca entre los interesados, porque no existe, como se dice, en esa conducta de la eventual arrendataria (en proyectada “*locatio operis*”) posibilidad de apreciar que por su parte se haya actuado con esa falta de buena fe, esto es, que haya actuado maliciosamente, o de mala fe, o lo que es igual, que con su conducta no justificativa, se apartase, sin razón alguna, o caprichosamente, del “iter” negocial así iniciado, y ello, no sólo por cuanto que esa exigencia de la falta de buena fe, está perfectamente decantada a lo largo de la propia jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos entre otras, en Sentencia que se dicta de 26 de febrero de 1994,(que dice así, "...El prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto de que, en otro caso, se puede producir situación de responsabilidad por razón de la culpa 'en contrahendo'. De esta manera se impone tener en cuenta el 'iter contractus', desde la oferta como propuesta de negocio contractual, con todos los elementos esenciales de éste y predominio de su condición de unilateralidad, supeditada a obtener respuesta positiva, hasta la necesaria aceptación por parte del que la recibe y al que se dirige, salvo las inciertas y masivas (al público en general)... ...El silencio para tener operatividad obligacional ha de ser considerado en cada supuesto particular, en atención a las circunstancias concurrentes y en todo caso en conexión a la necesidad de haberse dado entre las partes anteriores y continuadas relaciones negociales, que por sí imponen ciertos comportamientos en exigencias de la buena fe, lo que tampoco tiene incidencia en la presente contienda procesal.

El Tribunal estima que el presupuesto de Vidriería prestando el 17 de julio de 1991 no constituía un contrato, y por lo tanto, la demandante no podía solicitar lucro cesante. Por otra parte, tampoco el Tribunal estimó encontrar *culpa in contrahendo* en la parte demandada porque

[1676] STS 05-04-199 (RJ 2310/1999).

no se pudo probar que actuó de mala fe (es decir, sin buena fe) y que tampoco podía equipararse a mala fe el quebrantamiento de las tratativas preliminares.

Nótese de la cita anterior que corresponde al Magistrado Luis Martínez-Calcerrada Gómez (*Sociedad Mercantil DIRECCION001 v. Industrias BEC, S.A*.[1677]) en la sentencia sub judice, que se valora que el deber de negociar de buena fe va desde la oferta hasta la aceptación, es decir, todo el iter precontractual está gobernado por este principio: "De esta manera se impone tener en cuenta el "iter contractus", desde la oferta como propuesta de negocio contractual, con todos los elementos esenciales de éste y predominio de su condición de unilateralidad, supeditada a obtener respuesta positiva, hasta la necesaria aceptación por parte del que la recibe y al que se dirige." (p. 6).

El Tribunal declara haber lugar al recurso de casación presentado por la representación legal de Industrias BEC, S.A., contra la sentencia emitida por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 19 de julio de 1994. Se deja sin efecto la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial y se confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 36 de Barcelona, dictada el 30 de abril de 1993.

b). Análisis del Caso

Esta sentencia pone de relieve el problema de la teoría de la CIC. Para poder accionar bajo esta doctrina se necesita demostrar que la demandada actuó de forma alejada a la buena fe, lo que en realidad constituye a demostrar la mala fe, ya que no puede presumirse la existencia de mala fe o malicia en el simple quebrantamiento de negociaciones preliminares.

La resolución no toma en cuenta el detrimento de la parte demandante a consecuencia de la confianza razonable generada por la parte demandada. El presupuesto de la vidriería del 17 de julio de 1991, pese a no constituir un contrato, es una representación que al ser asumida por el

[1677] STS 05-04-199 (RJ 2310/1999).

demandante y al actuar en función a dicha representación, genera gastos resarcibles e indemnizables. El PE se habría enfocado en la confianza razonable en vez de enfocarse (como lo hace el RINP) en la falta de buena fe (léase mala fe o malicia) de la parte demandada.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

En este segmento veremos si la parte accionante necesita demostrar si la parte recurrida actuó con dolo o mala fe (es decir con ánimo de engañar), dentro de la doctrina del PE, para determinar si son los mismos estándares que usa la CIC en la figura del RINP donde sí se necesita demostrar la mala fe del recurrido.

Varios casos examinados discuten los elementos del estoppel promisorio, pero no mencionan específicamente la mala fe como un requisito. Por ejemplo, en el caso *Harmon v. State,* 62 A.3d 1198 (Del. 2013)[1678], el tribunal describe cuatro elementos para una demanda de estoppel promisorio, pero no menciona la mala fe[1679].

[1678] Seguido por *Davis v. Town of S. Bethany Beach*, C.A. S20C-06-018 CAK (Del. Super. Ct. Oct. 11, 2022); *CSH Theatres, LLC v. Nederlander of San Francisco Assocs.,* C.A. No. 9380-VCP (Del. Ch. Apr. 21, 2015); *Bhatnagar v. Meyer*, No. 22-2848 (3d Cir. Aug. 22, 2023); *Carbon Crest, LLC v. Tencue Prods., LLC*, No. C19-08179 WHA (N.D. Cal. Mar. 20, 2020); *Hydrogen Master Rights, Ltd. v. Weston*, 228 F. Supp. 3d 320 (D. Del. 2017); *In re Attorney Gen. Law Enf't Directive,* 246 N.J. 462 (N.J. 2021); *Parke Bancorp Inc. v. 659 Chestnut LLC*., 217 A.3d 701 (Del. 2019); *Richardson v. Bd. of Pension Trs*., No. 574, 2016 (Del. Aug. 29, 2017); *Mock v. Div. of State Police*, C. A. 2019-0229-MTZ (Del. Ch. May 31, 2022); *Hyetts Corner, LLC v. New Castle Cnty*., Civil Action 2020-0940-MTZ (Del. Ch. Sep. 14, 2021); *Lynch v. Gonzalez*, C.A. No. 2019-0356-MTZ (Del. Ch. July 31, 2020); *World Class Wholesale LLC v. Star Indus., Inc*., C.A. No. N17C-05-093 MMJ [CCLD] (Del. Super. Ct. Mar. 5, 2020); *Port Penn Hunting Lodge Ass'n v. Meyer,* C.A. No. 2018-0328-TMR (Del. Ch. May 9, 2019); *Lively v. Gov't Emps. Ins. Co*., C.A. NO.: N16C-07-085 AML (Del. Super. Ct. May 30, 2018); *Richardson v. Bd. of Pension Trs*., C.A. No. S16A-02-002 (Del. Super. Ct. Nov. 7, 2016); *Bomberger v. Benchmark Builders*, Inc., Civil Action No. 11572-VCMR (Del. Ch. Aug. 19, 2016); *Shachoy v. Conrades*, 1784CV02621BLS2 (Mass. Super. Mar. 11, 2019); entre otros.

[1679] Donald L. Harmon, un oficial de carreras, fue suspendido por la Comisión de Carreras de Arneses de Delaware tras ser acusado de un delito menor y un delito grave relacionados con la alteración de una hoja de jueces. Durante su suspensión, Harmon consultó con John Wayne, el Administrador de Carreras, para saber si sería readmitido en caso de ser absuelto de los cargos. Wayne, a su vez, consultó a la Comisión, que indicó que Harmon sería reincorporado en caso de absolución. Sin embargo, una vez absuelto, la Comisión decidió no readmitir a Harmon.

En respuesta, Harmon presentó una demanda alegando múltiples reclamaciones, incluyendo incumplimiento de buena fe y trato justo, abuso de proceso, violación de la Ley de Denunciantes de Delaware y, notablemente, estoppel promisorio. El caso se llevó a juicio con jurado, y después de cinco días, el jurado dictaminó a favor de Harmon, otorgándole $102,273 en daños.

Sin embargo, la Comisión impugnó esta decisión, solicitando al tribunal de primera instancia que dictara sentencia como cuestión de derecho o que se celebrara un nuevo juicio. El tribunal de primera instancia accedió a la solicitud de la Comisión, pero posteriormente, la Corte Suprema del Estado de Delaware revocó esta decisión y restableció el veredicto original del jurado en favor de Harmon. Esta resolución final refuerza el derecho de Harmon a una indemnización basada en el principio de estoppel promisorio, reconociendo que la Comisión no cumplió con su promesa inicial de reincorporarlo tras su absolución.

De manera similar, en *Altimari v. John Hancock Variable Life Insurance Company*, 247 F. Supp. 2d 637 (E.D. Pa. 2003)[1680], el tribunal analiza los tres elementos del estoppel promisorio bajo la ley de Pensilvania, pero no menciona la mala fe[1681].

Sin embargo, algunos casos se refieren a la importancia de la conducta del demandado para inducir la confianza del demandante. Por ejemplo, en *Dixon v. Wells Fargo Bank*, N.A., 798 F. Supp. 2d 336 (D. Mass. 2011)[1682], el tribunal establece que no es necesario que el promitente

[1680] Seguido por *Wise v. American General Life Insurance Company*, Civil Action No. 04-3711 (E.D. Pa. Mar. 22, 2005); *West v. Benefit Life Co*., 509 F.3d 160 (3d Cir. 2007); *Five Star Hotels, LLC v. Insurance Co. of Greater N.Y.*, 09 Civ. 8717 (PGG) (S.D.N.Y. Mar. 25, 2011); *Penn Mutual Life Insurance Company v. BNC National Bank,* CIVIL ACTION No. 10-00625 (E.D. Pa. Sep. 2, 2010); *Prusky v. Phoenix Life Insurance Co*., Civil Action No. 02-6010 (E.D. Pa. July 26, 2005).

[1681] Altimari demandó a John Hancock Variable Life Insurance Company (Hancock) y a First Union/Wachovia Bank (Wachovia) por no pagar los beneficios del seguro de vida tras el fallecimiento de su esposo de derecho consuetudinario, Brian Batchelor. La demanda incluye acusaciones de incumplimiento de contrato, estoppel promisorio, prácticas comerciales desleales, fraude, mala fe, y misrepresentación negligente. La controversia se centra en una solicitud de seguro de vida de $500,000, la cual fue manejada inadecuadamente por Ann Monroe, empleada de Wachovia, quien no registró adecuadamente las respuestas del historial médico de Batchelor. Además, Batchelor no reveló sus visitas anteriores al hospital. A pesar de las aseguranzas de Monroe a Altimari de que la solicitud había sido aprobada, Hancock finalmente cerró la solicitud por falta de información.
El tribunal concedió las mociones de juicio sumario de los acusados. Altimari argumenta que tiene derecho a los beneficios del seguro bajo un contrato implícito, basándose en la afirmación de Monroe de que Batchelor estaba "técnicamente cubierto". Sin embargo, Hancock nunca emitió la póliza y rechazó la solicitud antes de la muerte de Batchelor, lo que lleva al tribunal a determinar que no era razonable esperar cobertura. Altimari también abogó por el estoppel promisorio, pero no logró demostrar que las declaraciones del agente constituyeran una promesa o que realmente indujeran a una acción de su parte. Además, Altimari no pudo establecer un reclamo de mala fe, prácticas comerciales desleales, fraude o tergiversación negligente. En consecuencia, el tribunal concedió las mociones de juicio sumario a favor de Hancock y Wachovia.

[1682] Seguido por *Henning v. Wachovia Mortgage*, FSB, 969 F. Supp. 2d 135 (D. Mass. 2013); *Hamelberg v. Boundary Waters Bank*, 862 F. Supp. 2d 852 (C.D. Ill. 2012); *Silverstein v. ING Bank*, FSB, Civil Action No. 12-10015-GAO (D. Mass. Sep. 21, 2012); *Silverstein v. ING Bank, FSB*, Civil Action No. 12-10015-GAO (D. Mass. Sep. 21, 2012); *Bryan Corp. v. Chemwerth, Inc*., Civil Action No. 12-10446-MLW (D. Mass. Apr. 2, 2015); *New Eng. Highway V. Adesa, Inc*., Civil Action 1:21-cv-10104-IT (D. Mass. Nov. 21, 2022); *Grundy v. HSBC Bank USA, N.A*., Civil Action No. 17-11449-PBS (D. Mass. Feb. 10, 2020); *Peña Martínez v. Azar*, 376 F. Supp. 3d 191 (D.P.R. 2019); *Sixta Gladys Peña Martínez v. Azar*, Civil Action No. 3:18-01206-WGY (D.P.R. Apr. 15, 2019); *Sunningdale Ventures, Inc. v. Martin,* Civil Action No. 13-12512-DPW (D. Mass. Mar. 31, 2018); *Foley v. Wells Fargo Bank, N.A.,* 109 F. Supp. 3d 317 (D. Mass. 2015); *Hannigan v. Bank of Am., N.A.,* 48 F. Supp. 3d 135 (D. Mass. 2014); *Surprenant v. PNC Mortg*., Civil No. 12-10019-PBS (D. Mass. Nov. 20, 2013); *Dill v. Am. Home Mortg. Servicing, Inc*., 935 F. Supp. 2d 299 (D. Mass. 2013); *Kirtz v. Wells Fargo Bank N.A*., Civil Action No. 12-10690-DJC (D. Mass. Nov. 29, 2012); *Davis v. World Sav. Bank*, FSB, 806 F. Supp. 2d 159 (D.D.C. 2011); *Currie v. Wells Fargo Bank, N.A. (In re Currie)*, No. 11-17349-JNF (Bankr. D. Mass. July 8, 2013); *Canovanas Urban Dev. v. Municipality of Canovanas,* CIV. 20-1487 (MDM) (D.P.R. Mar. 31, 2023); *Swenson v. Wilmington Savings Fund Soc'y, FSB*, Civil Action No. 16-11646-MLW (D. Mass. Jan. 2, 2020); *Ortiz v. United States*, CIV. No. 17-2351 (MDM) (D.P.R. July 2, 2019); *Monks v. Astoria Bank*, Civil Action No. 16-12084-FDS (D. Mass. June 5, 2017); *Karter v. Pleasant View Gardens, Inc*., 248 F. Supp. 3d 299 (D. Mass. 2017); *Egan v. Tenet Health Care*, 193 F. Supp. 3d 73 (D. Mass. 2016); *Bos. Taxi Owners Ass'n, Inc. v. City of Bos*., 180 F. Supp. 3d 108 (D. Mass. 2016); *Cremaldi v. Wells Fargo Home Mortg*., Civ. No. 13-11767-MLW (D. Mass. Nov. 2, 2015); *Dicarlo-Fagioli v. JP Morgan Chase Bank*, N.A., 2015 DNH 197 (D.N.H. 2015); *Lelio v. Marsh U.S.,* Inc., Civ. No. 15-10335-MLW (D. Mass. Sep. 29, 2015); *Asamoah v. Wells Fargo Bank*, Civil Action No. 14-10322-WGY (D. Mass. June 19, 2014); *View Point Medical Systems, LLC v. Athena Health, Inc*., 9 F. Supp. 3d 588 (D. Md. 2014); *Ascher v. Grand Bank for Sav., FSB*, No. 13 C 7712 (N.D. Ill. Mar. 14, 2014); *Schneider v. Citibank, NA*, No. 13-4094-SAC (D. Kan. Jan. 21, 2014); *KeyBank, N.A. v. SBR Corp*., Civil Action No. 12-11868-GAO (D. Mass. Sep. 19, 2013); *Mackenzie v. Flagstar Bank*, Civil Action No. 11-12014-MBB (D. Mass. Jan. 9, 2013); *Lazo v. Bank of America, N.A.,* No. C 12-00762 LB (N.D. Cal. May 18, 2012); *Kiluk v. Select Portfolio Servicing, Inc*., Civil Action No. 11-10731-FDS (D. Mass. Dec. 19, 2011); *Rodriguez v. Banco Popular N. Am*. , No. B280489 (Cal. Ct. App. May 4, 2018); entre otros.

haya actuado de manera fraudulenta, engañosa o de mala fe, pero sí discute la importancia de la conducta del demandado para inducir la confianza del demandante[1683].

En general, los casos revisados no establecen que se requiere mala fe para tener éxito en una demanda de estoppel promisorio, pero sí sugieren que la conducta del demandado es importante para determinar si el demandante confió razonablemente en la promesa sin entrar a discutir o analizar el tema de la buena fe o mala fe del promitente.

2.2. Alemania:

A). Caso de una licitación interrumpida. Sentencia X ZR 19/02[1684]

a). Antecedentes del Caso

La Décima Sala Civil de la Corte Federal de Justicia revoca la sentencia del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf y desestima el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia del tribunal de distrito de Wuppertal. Se modifica parcialmente la sentencia y se desestima la demanda en todos los demás aspectos. El demandante es responsable de pagar las costas del juicio.

Los hechos del caso en resumen son los siguientes: en un procedimiento de licitación limitada, la ciudad demandada presentó un proyecto de construcción de una escalera y solicitó ofertas a cinco licitadores, incluido el demandante. Sólo el demandante presentó una oferta

[1683] Frank y Deana Dixon demandaron a Wells Fargo Bank, N.A., solicitando una orden judicial, cumplimiento específico y daños y perjuicios, alegando que el banco les prometió considerar una modificación de su préstamo hipotecario, pero en su lugar inició procedimientos de ejecución hipotecaria. La pareja sostiene que la promesa de Wells Fargo no era sincera y busca detener la ejecución hipotecaria y que el banco retome las negociaciones. Por su parte, Wells Fargo presentó una moción para desestimar la demanda, argumentando que los reclamos de los Dixon están precedidos por la Ley de Préstamos para Propietarios de Viviendas (HOLA) y sus regulaciones de implementación. A pesar de que el Tribunal Superior de Massachusetts otorgó una orden judicial preliminar a favor de los Dixon, el caso fue trasladado al Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Massachusetts.
El Tribunal de Distrito discutió la doctrina del estoppel promisorio en la ley de Massachusetts, donde esta teoría se considera ejecutable bajo el "contrato tradicional". El Tribunal señaló que una demanda debe contener alegaciones fácticas para establecer una reclamación y describió los elementos necesarios para un reclamo contractual. Los Dixon argumentan que confiaron detrimentalmente en la promesa de Wells Fargo de negociar una modificación del préstamo. El Tribunal también destacó la importancia de no reescribir los contratos ni obligar a las partes a celebrar contratos no acordados libremente. Se debatió si la promesa de Wells Fargo debe interpretarse como un acuerdo preliminar o un "acuerdo para negociar". El Tribunal concluyó que la demanda de los Dixon establece un reclamo por estoppel promisorio y que la ley federal (HOLA) no anula su demanda. La Corte ordenó que el caso se mantenga en curso para un juicio programado posteriormente.
[1684] En el capítulo III de esta obra se realiza una comparación entre la CIC y el misrepresentation.

oportuna, pero sin incluir los formularios de precios requeridos en los documentos de licitación. La ciudad informó al demandante que la licitación se cancelaría debido a cambios en la lista de cantidades.

A pesar de esto, el demandante exigió la adjudicación y anunció demandas por daños y perjuicios en caso de rechazo de su oferta. En una segunda licitación, nuevamente sólo el demandante participó y su oferta fue rechazada por considerar que los precios eran demasiado altos.

La ciudad demandada construyó un muro de contención y posteriormente el camino que conducía a la escalera. Durante la audiencia, la ciudad afirmó haber dado al demandante la orden de construir las escaleras.

El demandante calculó los costos de preparación de los documentos de oferta y afirmó haber sufrido daños y perjuicios por no haberle sido adjudicada la primera oferta, por un monto de 113.290,63 marcos alemanes. Además, calculó los daños ocasionados por la cancelación de la segunda licitación en 110.771,34 marcos alemanes. El demandante también contribuyó a los gastos de construcción del muro de contención con 46.007,11 marcos alemanes. En total, está demandando a la ciudad demandada por un monto de 114.743,13 marcos alemanes, basado en intereses positivos debido a la cancelación de la segunda licitación y en intereses negativos por la anulación de la primera oferta.

La demanda fue confirmada parcialmente por el tribunal regional, ordenando el pago de 2.905 marcos alemanes más intereses, pero desestimando la demanda adicional. En respuesta a la apelación del demandante, el tribunal de apelación consideró justificado el reclamo de compensación por intereses positivos debido a la cancelación de la segunda licitación, y devolvió el caso al tribunal de distrito para una audiencia y decisión sobre el monto de la reclamación presentada.

La ciudad demandada presentó un recurso de casación contra la sentencia de apelación, con el objetivo de anularla y decidir de acuerdo a sus solicitudes en la instancia de apelación. Por su parte, el demandante se opuso al recurso.

El Tribunal Federal valoró muchos considerandos para anular la sentencia recurrida. La revisión admisible ha justificado la anulación de la sentencia de apelación y el rechazo del

recurso de casación presentado por el demandante. La ciudad demandada ha presentado un recurso de casación posterior para desestimar la acción, incluyendo la reclamación de indemnización por daños y perjuicios relacionada con la compensación de los intereses negativos.

La Corte de Apelaciones consideró inicialmente justificada la pretensión de compensación por el interés positivo alegado por el demandante debido a la *culpa in contrahendo.* El tribunal de distrito también dictaminó que la cancelación de las dos ofertas era ilegal, ya que no había motivos válidos según la normativa aplicable. La ciudad demandada no pudo demostrar que los cambios en las especificaciones fueran fundamentales ni que la oferta del demandante fuera irrazonablemente alta. No se requiere una mayor aclaración de los hechos debido a la práctica de pruebas realizada por el tribunal de distrito.

Sin embargo, la reclamación por daños y perjuicios basada en el interés positivo sólo puede considerarse si se lleva a cabo el proyecto anunciado inicialmente. Dado que las obras de construcción licitadas se ejecutaron parcialmente, la ciudad demandada no puede eludir su responsabilidad dividiendo el proyecto en subproyectos. Siendo el demandante el único oferente, la oferta debió haberle sido adjudicada, lo que genera la pretensión de indemnización por los intereses positivos. No obstante, la acumulación de intereses positivos y negativos solicitada por el demandante no es aceptada, ya que los costos de preparación de la oferta se incluyen en los precios.

La revisión ha tenido éxito al impugnar la sentencia de apelación. El Tribunal de Apelación acertadamente reconoció que los errores en la licitación y adjudicación de contratos públicos pueden generar responsabilidad por parte del cliente hacia los licitadores, quienes pueden reclamar una indemnización por los daños sufridos. Desde el momento en que los licitadores solicitan las bases de licitación, se establece una relación precontractual de confianza entre ellos y el cliente, cuyo incumplimiento por parte de la adjudicación de un contrato que no cumple con las normas de contratación puede dar lugar a reclamaciones por *culpa in contrahendo*. Estas reclamaciones generalmente tienen como objetivo compensar el interés negativo y, en circunstancias especiales, también pueden compensar el interés positivo. Según las conclusiones presentadas, la sentencia de apelación no se sostiene legalmente al menos por esta

razón. El hecho de que el demandado ya no haya fundamentado explícitamente su solicitud de desestimación de la acción en las consecuencias legales resultantes no afecta el resultado de la revisión.

El Tribunal señala que, de acuerdo a las normas de licitación, cuando una oferta no iba acompañada de los precios y explicaciones necesarias, dicha oferta era rechazada de plano, y excluida del proceso de licitación. El Tribunal lo explica en esta resolución (Sentencia X ZR 19/02) de la siguiente forma:

> Según la jurisprudencia del Senado, estos principios son aplicados por un postor que no hace las declaraciones requeridas en los pliegos no só1o sobre el fabricante o la marca de un componente a suministrar, sino también sobre el tipo de producto a ofrecer, excluido de la evaluación (BGHZ 154, 32, 46). Lo mismo se aplica si un licitador distribuye los precios unitarios realmente solicitados por él para servicios individuales en su oferta entre varios precios unitarios de otros servicios, porque no menciona los precios que solicita de acuerdo con los documentos de licitación… Lo mismo se aplica a las ofertas que no contengan las declaraciones requeridas en los documentos de licitación…
>
> En esta situación jurídica, no puede prosperar la sentencia de la ciudad demandada de indemnizar los intereses negatives. Procede, pues, anular la sentencia de apelación, desestimar el recurso de casación de la actora contra la sentencia del foro regional y desestimar igualmente la acción en lo demás según las pretensiones de adhesión de la ciudad demandada, sin que ello afecte a una decisión sobre las demás instancias judiciales. (Sentencia X ZR 19/02).

En esta sentencia el Tribunal Federal desestimó la demanda basada en CIC por ruptura de negociaciones preliminares, porque entendió que el demandante fue rechazado por la ciudad porque su propuesta no tuvo los requisitos que la ley de licitación contemplaba y entonces la oferta quedó excluida. Al hacer prevalecer el elemento formal en la etapa precontractual, la responsabilidad precontractual quedaba totalmente excluida y eximida, tanto en el interés positivo como negativo[1685].

Por su parte, el PE no se habría fijado en la parte formal de la parte negocial, por cuanto, como se pudo comprobar en el capítulo IV y V, el PE trasciende muchas veces los formalismos de la consideración y se concentra en analizar si el demandante sufrió algún daño confiando en

[1685] Para un estudio más profundo del interés positivo y negativo, remitimos al lector al capítulo I.

las promesas de la parte demandada. En este caso, el Tribunal Federal no consideró las declaraciones del agente de ciudad[1686] que decía que en efecto le había dado luz verde al demandante a edificar la escalera. Esa simple representación aunada con un cambio de actitud del demandante puede unificarse para consolidar un reclamo por responsabilidad precontractual basado en el PE.

c). El Caso en el Sistema del *Common Law*

Los casos sugieren que un licitador puede demandar a una ciudad por daños y perjuicios en virtud de la doctrina del estoppel promisorio si puede demostrar que la ciudad hizo una promesa en la que el licitador confió razonablemente en su perjuicio. En efecto, en el caso sub judice, se destaca que, en la audiencia oral ante el Senado, el acusado Stadt afirmó haber dado al licitador la orden de construir las escaleras. (Sentencia X ZR 19/02). A partir de esa representación o promesa existen algunos casos que respaldan una posible demanda bajo la teoría del promissory estoppel.

Los casos que son más relevantes para nuestra investigación generalmente discuten la aplicabilidad de la doctrina del estoppel promisorio a los municipios. Por ejemplo, en *Tiebridge, Inc. v. Rahim, Inc.*, 2016 Ohio 5141 (Ohio Ct. App. 2016) [1687], el tribunal sostuvo que el estoppel promisorio puede aplicarse cuando el municipio está involucrado en una función de propiedad, como operar un departamento de agua.

[1686] "En la audiencia oral ante el Senado, el acusado Stadt afirma haber dado al demandante la orden de construir las escaleras." (Sentencia X ZR 19/02.

[1687] Tiebridge, Inc. presentó una demanda contra Rahim, Inc. y la ciudad de Cleveland, y PNC Bank intervino posteriormente en el caso. El tribunal concedió la moción de fallo en rebeldía y el juicio sumario de PNC a favor de Tiebridge contra Rahim, pero rechazó la moción de Tiebridge contra Cleveland. En la apelación, el tribunal de apelaciones revocó la decisión del tribunal de primera instancia en parte, encontrando cuestiones genuinas de hecho material, y concedió la moción de Tiebridge en parte. El tribunal de apelación también consideró los argumentos legales presentados por ambas partes, incluido el concepto de representaciones "ultra vires" y la distinción entre funciones gubernamentales y de propiedad, antes de confirmar en parte, revocar en parte y devolver el caso.

De manera similar, en *Kajima/Ray Wilson v. Los Angeles County Metropolitan Transportation Authority,* 23 Cal.4th 305 (Cal. 2000)[1688], el tribunal analiza la aplicación de la doctrina del estoppel promisorio en el contexto de un contrato de obras públicas[1689].

[1688] Seguido por *W. Coast Air Conditioning Co. v. Cal. Dep't of Corr. & Rehab*., 21 Cal.App.5th 453 (Cal. Ct. App. 2018); *Ritchie Paving, Inc. v. City of Deerfield*, 275 Kan. 631 (Kan. 2003); *EEL River Disposal and Resource Recovery, Inc. v. County of Humboldt*, 221 Cal.App.4th 209 (Cal. Ct. App. 2013); *Yosemite Title, Inc. v. Cnty. of Tuolumne*, F063949 (Cal. Ct. App. Mar. 20, 2013); *Miami-Dade Cty. Sch. v. Ruiz Sch. Bus*, 874 So. 2d 59 (Fla. Dist. Ct. App. 2004); *Douglas E. Barnhart, Inc. v. CMC Fabricators, Inc*., 211 Cal.App.4th 230 (Cal. Ct. App. 2012); *US Ecology, Inc. v. State*, 92 Cal.App.4th 113 (Cal. Ct. App. 2001); *Asberry v. L.A. Cmty. Coll. Dist*., No. B277772 (Cal. Ct. App. Jan. 3, 2018); *Great West Contractors, Inc. v. Irvine Unified School District*, 187 Cal.App.4th 1425 (Cal. Ct. App. 2010); *Canon Manor West Citizens Group v. City of Rohnert Park*, No. A125007 (Cal. Ct. App. July 19, 2010); *City & County of San Francisco v. Ballard*, 136 Cal.App.4th 381 (Cal. Ct. App. 2006); *Toscano v. Greene Music*, 124 Cal.App.4th 685 (Cal. Ct. App. 2004); *Consortium Information Services, Inc. v. Credit Data Services, Inc.*, 149 F. App'x 575 (9th Cir. 2005); *Childhelp, Inc. v. City of L. A.*, 91 Cal.App.5th 224 (Cal. Ct. App. 2023); *Pickard & Butters Const., Inc. v. Buttonwillow Recreation & Park Dist*., No. F078801 (Cal. Ct. App. Dec. 28, 2020); *Future DB Int'l, Inc. v. City of Irvine*, No. G054139 (Cal. Ct. App. Aug. 30, 2018); *Husband v. Household Finance Corp. of California*, No. C073182 (Cal. Ct. App. Mar. 4, 2015); *Moncada v. W. Coast Quartz Corp.*, 221 Cal.App.4th 768 (Cal. Ct. App. 2014); *XTL-NH, Inc. v. N.H. State Liquor Comm'n*, No. 2013-CV-00119 (N.H. Super. June 7, 2013); *The Newhope Corp. v. Yamaha Electronics Corp*., No. G038296 (Cal. Ct. App. Feb. 15, 2008); *Emma Corp. v. Inglewood Unified Sch. Dist*., 114 Cal.App.4th 1018 (Cal. Ct. App. 2004); *Muse Brands, LLC v. Gentil*, No. 15-cv-01744-JSC (N.D. Cal. July 28, 2015); *Cruz v. Aurora Loan Services*, LLC, No. C 15-00585 LB (N.D. Cal. May 5, 2015); *Rowland v. JPMorgan Chase Bank, N.A*., No. C 14-00036 LB (N.D. Cal. Mar. 12, 2014); *Michaelis v. Superior Court*, 38 Cal.4th 1065 (Cal. 2006); *Amelco Electric v. City of Thousand Oaks*, 27 Cal.4th 228 (Cal. 2002); *Wilkes v. JPMorgan Chase Bank*, No. H046397 (Cal. Ct. App. Apr. 12, 2022); *Johnson v. Pac. Mar. Ass'n*, No. A152300 (Cal. Ct. App. May 18, 2020); *Kryvoshey v. Ahmsi Default Servs., Inc*., No. C078308 (Cal. Ct. App. Feb. 27, 2019); *Ponte v. Cnty. of Calaveras*, 14 Cal.App.5th 551 (Cal. Ct. App. 2017); *Tenet Healthsystem Desert, Inc. v. Eisenhower Med. Ctr.*, No. D069296 (Cal. Ct. App. May 3, 2016); Smith.v. Karabinus, No. F068796 (Cal. Ct. App. Oct. 9, 2014); entre otros.

[1689] Tenemos en frente el caso de *Kajima/Ray Wilson v. la Autoridad de Transporte Metropolitano del Condado de Los Ángeles (MTA*), en el que Kajima fue dos veces el postor más bajo para un contrato público, pero no se le adjudicó el contrato. Kajima presentó una demanda contra la MTA, y el tribunal de primera instancia falló a su favor, otorgando daños y perjuicios por los gastos de licitación, los gastos de protesta, los gastos generales, la pérdida de beneficios y los intereses previos al juicio. El Tribunal de Apelación afirmó, pero el Tribunal Supremo de California revocó la decisión, concluyendo que los costos de preparación de la oferta, pero no el lucro cesante, están disponibles bajo una teoría de estoppel promisorio. El documento también analiza cómo otras jurisdicciones manejan casos similares, señalando que la decisión del Tribunal de Apelación de permitir la pérdida de ganancias es una posición minoritaria.

En *Andreason v. Aetna Cas. Sur. Co.*, 848 P.2d 171 (Utah Ct. App. 1993)[1690] analiza los elementos del estoppel promisorio y las circunstancias en las que se puede invocar[1691].

En el caso *Branco Enterprises v. Delta Roofing*, 886 S.W.2d 157 (Mo. Ct. App. 1994)[1692] se examina la aplicación de la doctrina del estoppel promisorio en una situación en la que un licitador se basó en la oferta de un subcontratista para formular su propia oferta[1693].

En general, las autoridades sugieren que un licitador puede demandar a una ciudad por daños y perjuicios en virtud de la doctrina del estoppel promisorio si puede demostrar que la ciudad hizo una promesa en la que el licitador confió razonablemente en su perjuicio.

[1690] Seguido por *Richards v. Brown*, 222 P.3d 69 (Utah Ct. App. 2009); *F.C. Stangl, III v. Ernst Home Center*, 948 P.2d 356 (Utah Ct. App. 1997); *Layton Constr. Co. v. Wrapid Specialty, Inc*., No. 2:14-cv-00402 (D. Utah Nov. 19, 2015); *Anderson v. Larry H. Miller Commc'ns Corp*., 351 P.3d 832 (Utah Ct. App. 2015); *Global Fitness Holdings, LLC v. Federal Recovery Acceptance, Inc*., 127 F. Supp. 3d 1228 (D. Utah 2015); *Youngs v. Behnken*, No. 1:04-cv-00183 (D. Utah Sep. 14, 2006); *Cornia v. Wilcox*, 898 P.2d 1379 (Utah 1995); *Cottonwood Improvement Dist. v. Qwest Corp*., 296 P.3d 754 (Utah Ct. App. 2013); *Stevens-Henager College v. Eagle Gate*, 248 P.3d 1025 (Utah Ct. App. 2011); *Jonsson v. Bromley*, 2001 UT App. 149 (Utah Ct. App. 2001); *Goldberg v. Jay Timmons Associates*, 896 P.2d 1241 (Utah Ct. App. 1995); *James Constructors v. Salt Lake City*, 888 P.2d 665 (Utah Ct. App. 1994); *Bailey-Allen Co., Inc. v. Kurzet*, 876 P.2d 421 (Utah Ct. App. 1994); *Clearone Communications, Inc. v. Chiang*, 432 F. App'x 770 (10th Cir. 2011); *IHC Health Servs. v. Meritain Health Inc*., 2:19-cv-861 (D. Utah Nov. 3, 2022); *Park Cityz Realty, LLC v. Archos Capital, LLC*, 2:20-cv-00522-JCB (D. Utah Oct. 27, 2021); *Deem v. Baron*, 2:15-CV-00755-DS (D. Utah Jan. 10, 2020); *Clearone, Inc. v. RSM US LLP*, No. 2:16-cv-00736-DN (D. Utah Mar. 6, 2017); *House of Flavors, Inc. v. TFG-Michigan, L.P.*, 719 F. Supp. 2d 100 (D. Me. 2010); *Franklin Covey Client Sales, Inc. v. World Mktg. Alliance*, Civil No. 2:02cv270DB (D. Utah Jan. 18, 2005); *Bower v. Stein Eriksen Lodge Owners Ass'n, Inc.*, 201 F. Supp. 2d 1134 (D. Utah 2002); *Becker v. Hsa/Wexford Bancgroup, L.L.C*., 157 F. Supp. 2d 1243 (D. Utah 2001); *Utah Foam Products Co. v. Upjohn Co.*, 930 F. Supp. 513 (D. Utah 1996); *Nunley v. Westates Casing Services, Inc.*, 989 P.2d 1077 (Utah 1999); *Skanchy v. Calcados Ortope SA*, 952 P.2d 1071 (Utah 1998); *Malcolm v. State*, 878 P.2d 1144 (Utah 1994*); E&H Land, Ltd. v. Farmington City*, 2014 UT App. 237 (Utah Ct. App. 2014); *Bastian v. Bastian (In re Estate of Bastian)*, 311 P.3d 535 (Utah Ct. App. 2013); *Kimball v. Kimball*, 217 P.3d 733 (Utah Ct. App. 2009); *Pollesche v. Mountain Tech Mill Cabinet*, 2002 UT App. 233 (Utah Ct. App. 2002); *John Watson Chevrolet V. Buick Motors Div*, 2001 UT App. 179 (Utah Ct. App. 2001); *UTCO Associates, Ltd. ex rel. Kent v. Zimmerman*, 27 P.3d 177 (Utah Ct. App. 2001); *Dejavue, Inc. v. U.S. Energy Corp*., 993 P.2d 222 (Utah Ct. App. 1999); *Castillo v. Atlanta Cas. Co*., 939 P.2d 1204 (Utah Ct. App. 1997); entre otros.

[1691] En este caso *Andreason v. Aetna Cas. Sur. Co.*, que se decidió en el Tribunal de Apelaciones de Utah en 1993, Dana y Derek Andreason, los demandantes, sufrieron un incendio en su casa e inicialmente el demandado, Aetna Cas. Sur. Co. les prometió cobertura. Sin embargo, el acusado más tarde negó la cobertura después de descubrir que la póliza de seguro de los demandantes había sido cancelada. Los demandantes demandaron sobre la base de un estoppel legal, argumentando que habían confiado en la promesa del demandado y, como resultado, habían realizado reparaciones. El jurado otorgó a los demandantes $37,500 en daños y perjuicios, que el acusado intentó impugnar sin éxito.

[1692] Seguido por *Dyna. Co. v. Clark Sull.*, 127 Nev. Adv. Op. No. 41, 51758 (2011), 255 P.3d 286 (Nev. 2011); *City of Cape Girardeau v. Jokerst, Inc.*, 402 S.W.3d 115 (Mo. Ct. App. 2013).

[1693] Branco Enterprises, Inc. (Branco) inició un proceso legal contra Delta Roofing, Inc. (Delta), buscando compensación por daños y perjuicios debido a la negativa de Delta a instalar un techo en un edificio de Consumers Market que Branco estaba renovando. En la instancia inicial, el tribunal falló a favor de Branco, otorgándoles $18,695 en daños.

Delta, en desacuerdo con este fallo, presentó una apelación. Su argumento se basó en la afirmación de que no existía un contrato formal entre Branco y Delta y que, por lo tanto, Branco no debería haber confiado en la oferta de Delta.

Sin embargo, el tribunal de apelaciones mantuvo la decisión del tribunal de primera instancia. Determinó que existía un acuerdo verbal entre las dos partes y que Branco tenía el derecho de confiar en la oferta de Delta, apoyando su decisión en la doctrina del estoppel promisorio. Esta doctrina sostiene que si una parte ha inducido razonablemente a otra a confiar en una promesa, la primera no puede luego negar la validez de esa promesa, particularmente si dicha confianza ha llevado a la otra parte a incurrir en gastos o realizar acciones basadas en la expectativa de que se cumplirá la promesa.

ANEXO IV

CASOS DE PROMISSORY ESTOPPEL ANALIZADOS A LA LUZ DE LA CULPA IN CONTRAHENDO (RUPTURA INJUSTIFICADA [MALICIOSA] DE NEGOCIACIONES PRELIMINARES-RINP)

ANEXO IV

CASOS DE PROMISSORY ESTOPPEL ANALIZADOS A LA LUZ DE LA CULPA IN CONTRAHENDO (RUPTURA INJUSTIFICADA [MALICIOSA] DE NEGOCIACIONES PRELIMINARES-RINP)

1. Breve introducción

En este capitulo estudiaremos de forma practica la casuística del PE visto bajo la lupa de la RINP, con el fin de determinar cual de ambas figuras (RINP o PE) es más justa y más eficiente.

Como recordamos de las páginas anteriores, en el Digesto 10.1 (1.1) en encontramos la misma definición de justicia en boca de Ulpiano: "La justicia es el deseo constante y perpetuo de dar a cada uno aquello a lo que tiene derecho", mientras que la definición de la eficiencia la encontramos para la Real Academia Española de la Lengua (2014), es la "capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos". Esta comparación tiende a resolver los acuciantes problemas societales dentro de la esfera precontractual con avizoramiento al espectro humano de donde el derecho bebe su élan fontanal.

De otra parte, nuestra concepción del derecho no es el de un cuerpo inerte de leyes al margen de la realidad social y del entorno humano. La ley se encarna en el hombre y la sociedad, responde a sus clamores y su objetivo es el bienestar de la sociedad y del hombre. Llewellyn (2012) lo expresaba de la siguiente manera: "Humanidad y ley, no dos sino una". (p. 134.)

Entonces, bajo estos principios partimos de una base teórica para analizar la realidad, pero la postulación de teoremas teóricos o de nuevas teorías tienen que regresar a la realidad para cambiarla y transformarla, de lo contrario nos quedaríamos en un universo gris de teorías. Goethe

(2010) decía: “Gris, querido amigo, es toda teoría, sólo es verde el dorado árbol de la vida” (p. 100).

Este derrotero filosófico ya fue propuesto por Ihering en el siglo XIX. En efecto, para Ihering (1913) el derecho es un medio para un fin: “actuar, y actuar con un propósito, son sinónimos. Un acto sin propósito es una imposibilidad como un efecto sin causa.” (p. 9.).

En los próximos capítulos veremos como interactúan -entonces-principios teóricos con realidades concretas. En los próximos capítulos, el lector será el juez de muchos litigios, los mismos que -en un trabajo de reflexión- tendrán a las abstractas partes litigantes con máscaras de demandante y demando (Frank, 2009, p. 233).

Entonces, en este estudio comparativo de casos de ambos sistemas (*common law* y *civil law*) con respecto a las figuras de la CIC y del PE, tendremos en cuenta el estudio y análisis de casos emblemáticos, es decir del precedente, que al decir de Frank (2009): “El principio o el precedente es el resultado de una búsqueda de probabilidades” (p. 251).

Adelantamos que no vamos a estudiar la eficiencia o justicia del common law con el civil law, sino de la RINP (hija legítima de la CIC) con el PE.

La búsqueda de la seguridad y la certeza legal en los arcos del proceso, no es un proceso matemático exacto, siempre hay espacio para la reflexión, la duda y el análisis. Ningún programa de inteligencia artificial podría realizar la labor comparativa de emprender una cruzada de reflexión legislativa y jurisprudencial sobre estas dos importantes instituciones (CIC y PE).[1694]

Dicho todo esto, y premunidos de los conceptos básicos de justicia y eficiencia, y a la luz de los principios teóricos prodigados por las nociones incrustadas en los capítulos precedentes (I-V[1695]), vamos a proceder a realizar una comparación exhaustiva y metódica de los casos que nos concierne. Como quiera que no vamos a proceder a estudiar nociones o conceptos ni de la CIC, o

[1694] Por su parte, Frank piensa que la ley, para el hombre común, es el conjunto de decisiones judiciales pasadas y predicciones en base a determinados hechos: “Ahora podemos aventurarnos con una definición aproximada de la ley desde el punto de vista de la persona promedio: para cualquier persona lega en particular, la ley, con respecto a cualquier conjunto particular de hechos, es una decisión de un tribunal con respecto a esos hechos en la medida en que esa decisión afecta a esa persona en particular. Hasta que un tribunal se haya pronunciado sobre esos hechos, no existe aún ninguna ley sobre ese tema. Antes de tal decisión, la única ley disponible es la opinión de los abogados sobre la ley relacionada con esa persona y esos hechos. Dicha opinión no es en realidad ley, sino solo una suposición sobre lo que un tribunal decidirá” (Frank, J. (1930) Law and the Moder Mind. Nueva York: Brentano’s Publishers, p. 46).

[1695] El capítulo I está referido a la *Culpa in Contrahendo*, el capítulo II a las vertientes de esta CIC, el capítulo III está referido a la *misrepresentation*, el cuarto a la figura de la consideración mientras que el quinto capitulo estudia el Promissory Estoppel.

del RINP, consideración o PE en este capítulo, remitimos al lector a los capítulos precedentes para revisar tales conceptos.

De modo que el presente capítulo se abocará exclusivamente al estudio de casos y solamente de casos, no de conceptos o teorías ya estudiadas. En este sentido, la primera parte de este capítulo versa sobre los casos del PE analizados a partir de la lupa del RINP, es decir el RINP analizará cómo pudiera haber resulto los casos del PE. La segunda parte analizará los casos del RINP a la luz del PE, es decir, veremos cómo el PE pudiera haber resuelto los casos del RINP. De esta comparación veremos cuál de las figuras es más justa y eficiente.

A modo de recuerdo, como vimos en el capítulo I-II, los elementos de la RINP (hija legítima de la *Culpa in contrahendo*) son:

5. Ruptura injustificada de las conversaciones o negociaciones.
6. Incumplimiento del deber de negociar de buena fe.
7. Que la parte infractora (la que rompe las conversaciones) haya creado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión del contrato.
8. Que, a raíz de la ruptura, se haya generado un daño en el patrimonio de la parte inocente que sufre las consecuencias (interés negativo).

Por otra parte, como vimos en el capítulo V, de esta forma podemos definir el Promissory Estoppel como la promesa hecha por el promitente al aceptante o promisario que confía en ella y realiza una acción u omisión que resulta en un daño económico, que debe ser resarcido en interés de la justicia, independientemente si la parte promitente actuó de buena o mala fe.

Los elementos del PE serían entonces los siguientes:

9. Existencia de una promesa clara y definida que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción u omisión por parte del aceptante o de un tercero.
10. La promesa efectivamente indujo a tal acción u omisión por parte del aceptante o promisario.
11. El promisario o aceptante experimentó un daño al actuar de acuerdo a la promesa.

12. Dicho daño debe ser resarcible en interés de la justicia, lo que puede implicar el interés negativo (restitución de los perjuicios sufridos) o la ejecución forzosa (cumplimiento de la promesa original).

Como vemos, ambas figuras son parecidas, el RINP y el PE. Las únicas dos grandes diferencias que logramos atisbar es que el RINP es hija de la CIC, y por lo tanto, debe responder a un deber, en este caso el deber de negociar de buena fe. En los casos de RINP vemos que existe un quebrantamiento o incumplimiento de negociar de buena fe. Los otros elementos de la RINP, como la confianza del aceptante o promisario, y el daño que experimenta, son parecidos al PE. Sin embargo, en el PE, no existe la obligación de negociar de buena fe, de donde los casos no se enfocan en el incumplimiento del deber de actuar de buena fe, sino en la confianza de la parte aceptante o promisoria.

Otra diferencia es que el daño resarcible en el RINP solamente se circunscribe al interés negativo, es decir, al daño emergente; mientras que en el PE el daño muchas veces va más allá del interés negativo hasta alcanzar la ejecución forzosa (*specific performance*).

Ahora bien, un aspecto importante a resaltar es que, en esta comparación, solamente veremos cómo el PE interactúa con el RINP, es decir, estudiaremos los casos más emblemáticos del PE a la luz de la doctrina del PE en el common law americano, y luego realizaremos la comparación con la figura del RINP. Como quiera que la CIC tiene tres vertientes (deber de cuidado, deber de negociar de buena fe, y deber de informar), solamente recurriremos a la figura del RINP (incumplimiento del deber de negociar de buena fe) para analizar los casos de PE (obviando por ende las figuras de la CIC en sus otras dos vertientes de quebrantamiento del deber de cuidado y del deber de informar, por cuanto dichas vertientes, como se vio en el capítulo I y II, corresponden a la responsabilidad extracontractual).

Entonces sin más preámbulo, procedemos al estudio de los casos. Hacemos una advertencia preliminar, que los casos emblemáticos a estudiar han sido resumidos y sintetizados y no representan el caso en su totalidad, solamente hemos tomado la parte pertinente que nos interesa, despejando otros temas colaterales que no son relevantes a nuestra investigación.

2. Análisis jurisprudencial del PE a la luz del RINP

A. ***Allegheny College v. Nat. Chautauqua Co. Bank***[1696]

El caso trata sobre una suscripción prometida a la institución educativa Allegheny College por parte de Mary Yates Johnston. El documento de suscripción establece que se pagaría la suma de cinco mil dólares treinta días después del fallecimiento de Johnston. Sin embargo, se hizo un pago parcial de mil dólares mientras estaba viva. Después de la muerte de Johnston, la institución demandó al ejecutor de su testamento para recuperar el saldo pendiente.

El tema central del caso es la ley de suscripciones caritativas y el requisito de consideración para hacer cumplir dichas promesas. En el pasado, se consideraba que una promesa caritativa carecía de consideración y, por lo tanto, no era exigible. Sin embargo, en casos anteriores, se ha reconocido una excepción a este requisito en forma de "promissory estoppel", que se considera un sustituto de la consideración. La corte sostiene que, aunque el requisito de consideración sigue siendo relevante, en el contexto de las suscripciones caritativas se ha adoptado el concepto de *promissory estoppel* como equivalente a la consideración.

La corte menciona que casos anteriores en el estado de Nueva York han aplicado esta excepción y han sostenido que una suscripción caritativa puede ser vinculante si se cumplen ciertos elementos, como el conocimiento por parte del promisor de que la organización ha incurrido en gastos en base a la promesa y la creencia razonable de que la promesa será cumplida. Además, se sugiere que consideraciones de política pública han influido en estas decisiones, argumentando que no cumplir con las promesas caritativas sería una falta de cumplimiento de la confianza hacia el público y una decepción injustificada de las expectativas razonables de quienes están interesados.

En resumen, la corte reconoce la doctrina de promissory estoppel como una excepción al requisito de consideración en el contexto de las suscripciones caritativas. Aunque la doctrina de la consideración sigue siendo relevante, se han establecido criterios adicionales para hacer cumplir

[1696] *Allegheny Col. v. Nat. Chautauqua Co. Bank*, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927).

estas promesas, considerando aspectos como el gasto incurrido por la organización beneficiaria y las expectativas razonables de las partes involucradas.

El propósito de la fundadora se frustraría injustamente o, al menos, se serviría de manera inadecuada si el colegio no comunicara al mundo, o en cualquier caso a los solicitantes de la beca, el nombre del memorial. Por implicación, el colegio se comprometió, al aceptar una parte del "regalo", a que en sus folletos de información y en otras formas habituales, al anunciar esta beca, incluiría el nombre del donante. El donante no tenía libertad para obtener el beneficio de tal compromiso al pagar una parte y decepcionar la expectativa de que se haría el pago del resto. Si el colegio hubiera declarado después de recibir $1,000 a cuenta de la suscripción que aplicaría el dinero al uso prescrito, pero que en sus folletos de información y al responder a los posibles solicitantes trataría el fondo como una donación anónima, no hay duda de que el suscriptor habría tenido la libertad de considerar esta declaración como la repudiación de un deber implícito asumido, una repudiación que justificaría la negativa a hacer pagos en el futuro. La obligación en tales circunstancias es correlativa y mutua.

En este caso, el Juez Cardozo (*Allegheny Col. v. Nat. Chautauqua Co. Bank*)[1697] lo expresa concluyentemente en los siguientes párrafos:

> Había una promesa por una parte y por la otra una promesa de retorno, hecha, es cierto, por implicancia, pero que expresaba una obligación que había sido exigida como condición del pago. Un acuerdo bilateral puede existir, aunque una de las promesas mutuas sea una promesa "implícita en los hechos", una inferencia de la conducta en lugar de una inferencia de las palabras… Creemos que la inferencia razonable que se puede extraer de la aceptación de un pago a cuenta de la suscripción es una promesa por parte del colegio de hacer lo que sea necesario en su parte para hacer efectiva la beca. (pp. 378-379)
>
> La conclusión a la que se llega hace innecesario considerar si, aparte de la característica de un memorial, un estoppel promisorio puede resultar de la suposición de un deber de aplicar el fondo, en la medida en que ya se haya pagado, a fines especiales no obligatorios según las disposiciones de los estatutos del colegio (el apoyo y la educación de los estudiantes que se preparan para el ministerio), una suposición inducida por la creencia de que se agregarían otros pagos suficientes en cantidad para hacer efectiva la beca al fondo después de la muerte del suscriptor. (p. 379)

En este caso, siguiendo la teoría del Promissory Estoppel (PE) tal como se presenta en el Primer Restatement, se establece una conexión entre el PE y el quasi contrato al equiparar el Promissory Estoppel con el concepto de consideración. Esto se logra al relacionar la promesa

[1697] *Allegheny Col. v. Nat. Chautauqua Co. Bank*, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927).

realizada por el promisor con la confianza perjudicial depositada en dicha promesa por parte del beneficiario. Además, se establece una equivalencia entre un contrato implícito de hecho y el Promissory Estoppel, lo que refuerza el carácter contractual de esta teoría.

Es necesario aclarar que en el Segundo Restatement de los Contratos, el numeral 90 en su segundo apartado, no impone una obligación de probar el reliance, haciendo más fácil la configuración de este tipo de casos. Tal numeral dice: Promesa que induzca razonablemente a la acción o la omisión[1698]:

> 1.- Una promesa que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción u omisión por parte del aceptante o de un tercero y que induce tal acción u omisión es vinculante si la injusticia puede evitarse únicamente mediante el cumplimiento de la promesa. El remedio concedido por incumplimiento podrá ser limitado según lo exija la justicia.
> 2.- Una suscripción caritativa o un acuerdo de matrimonio son vinculantes según la subsección (1) sin prueba de que la promesa indujo a la acción o la indulgencia.

Pues bien, en el caso anterior, si consideramos la culpa in contrahendo (RINP para ser más específicos), podríamos analizarlo de la siguiente manera:

1. Existencia de negociaciones: En el caso se menciona que hubo negociaciones entre la donante y el colegio. Esta etapa de negociación es relevante para evaluar la posible existencia de la culpa in contrahendo.

2. Confianza legítima: La donante impuso una condición específica para el fondo, estableciendo que debería ser conocido como el "Fondo Conmemorativo Mary Yates Johnston". Al aceptar $1,000 como pago parcial, se puede argumentar que se generó una confianza legítima en la conclusión del contrato, es decir, la creencia de que se cumpliría la condición impuesta por la donante.

3. Incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe: Si se determina que el colegio no cumplió con su obligación de negociar de buena fe, al no respetar la condición impuesta por la donante, podría considerarse un incumplimiento de la culpa in contrahendo. En esta parte, el caso no nos trae muchas luces para detector si realmente existió o no mala fe en el proceder del colegio.

[1698] American Law Institute. (1981). Sección 90. Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC].

4. Daño causado: En el caso presentado, no se menciona explícitamente un daño causado a la parte inocente como consecuencia del incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe. Sin embargo, esto puede ser un factor relevante para determinar la existencia de la culpa in contrahendo.

En resumen, para resolver el caso según la culpa in contrahendo, sería necesario analizar si se cumplen los elementos mencionados anteriormente. La existencia de negociaciones, la generación de una confianza legítima, el incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe y la presencia de un daño causado podrían ser considerados en la evaluación de la posible responsabilidad por culpa in contrahendo. Como quiera que el elemento del incumplimiento de negociar de buena fe está ausente, la resolución del caso con los hechos existentes hace que sea más sencillo y eficiente el resultado esperado.

B.- *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp*.[1699]

El caso *Arcadian Phosphates v. Arcadian Corp*. se refiere a una demanda por incumplimiento de contrato y *promissory estoppel* en el sistema legal del common law. Los demandantes alegaron que un memorando que describía la venta de un negocio de fertilizantes de fosfato era un contrato vinculante, mientras que el demandado argumentó que era sólo un "argumento para acordar" no ejecutable.

El tribunal de distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York otorgó un fallo sumario a favor del demandado en la demanda por incumplimiento de contrato. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones confirmó las reclamaciones por incumplimiento de contrato de los apelantes, pero revocó el fallo sumario en relación con la reclamación de *promissory estoppel* y remitió el caso al tribunal inferior para una mayor consideración de esa reclamación.

Los hechos del caso son los siguientes: Arcadian Corporation es una empresa de Nueva York que fabrica y vende fertilizantes, mientras que Arcadian Phosphates, Inc. (API) es una corporación de Delaware creada para comprar el negocio de fertilizantes de fosfato de Arcadian. Las partes firmaron un memorando de entendimiento en junio de 1986, seguido de un memorando

[1699] *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.,* 884 F.2d 69 (2d Cir. 1989).

en noviembre de 1986 que incorporaba los términos del memorando anterior. Los demandantes afirmaron que este memorando de noviembre era un contrato vinculante para la venta del negocio de fertilizantes de fosfato.

El memorando de noviembre especificaba el precio de compra, los plazos y montos de los pagos, los activos a adquirir y una fecha de cierre. Ambas partes tomaron medidas para llevar a cabo la transacción, como establecer oficinas de API en la sede de Arcadian y obtener el consentimiento de los prestamistas. API también realizó un depósito en efectivo y se realizaron negociaciones adicionales para acordar los servicios y acuerdos necesarios.

Sin embargo, en una reunión de la junta directiva de Arcadian en febrero de 1987, se decidió que no podían proceder con la empresa conjunta tal como se había planeado debido a cambios en el mercado de fosfatos y preocupaciones no resueltas. Arcadian informó a API sobre este cambio de posición y buscó poseer el 50% o más de la empresa conjunta y devolver el pago inicial.

En resumen, el caso *Arcadian Phosphates v. Arcadian Corp*. involucra una disputa sobre si un memorando de venta de un negocio de fertilizantes de fosfato era un contrato vinculante. Aunque el tribunal de distrito falló a favor del demandado en la demanda por incumplimiento de contrato, el Tribunal de Apelaciones confirmó las reclamaciones por incumplimiento de contrato y remitió la reclamación de *promissory estoppel* al tribunal inferior para una mayor consideración.

En la discusión de este caso, los apelantes argumentaron que se produjo un incumplimiento de contrato y presentaron varias reclamaciones relacionadas. Para evaluar estas reclamaciones, se utiliza el marco establecido por el juez Leval en el caso *Teachers Insurance Annuity Association v. Tribune Co.,* 670 F.Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987).

En ese caso, el juez Leval analizó la doctrina de los acuerdos preliminares y señaló que los tribunales tenían la preocupación de evitar que las partes queden atrapadas en obligaciones contractuales sorpresivas que no tenían la intención de asumir. El juez concluyó que se necesita más que un acuerdo en cada detalle para crear una obligación vinculante, debe haber un acuerdo general para celebrar el contrato vinculante.

Los apelantes presentan reclamaciones por incumplimiento de contrato, incluyendo una por cumplimiento específico y otra por daños. También presentan una reclamación por daños por

incumplimiento del contrato de empresa conjunta y un reclamo por daños consecuentes resultantes de estos presuntos incumplimientos. En el quinto reclamo, alegan el principio de promesa irrevocable y buscan el cumplimiento y los daños.

En el caso *Tribune*, el juez Leval identificó dos tipos de acuerdos preliminares. En el primer tipo, las partes han llegado a un acuerdo completo sobre todos los problemas que requieren negociación, pero aún no han formalizado completamente su acuerdo. En el segundo tipo, las partes se han comprometido a algunos términos importantes, pero aún quedan algunos términos por negociar.

Para determinar si una manifestación preliminar de aceptación era un acuerdo preliminar vinculante del segundo tipo, el juez Leval utilizó una prueba modificada. Consideró varios factores, como el lenguaje del acuerdo, el contexto de las negociaciones, la existencia de términos abiertos, el cumplimiento parcial y la necesidad de poner el acuerdo en forma final.

En este caso, al aplicar la prueba de Tribune, no es necesario analizar más allá del primer factor, el lenguaje del acuerdo. El lenguaje del memorando de noviembre indica que Arcadian no tenía la intención de estar obligada, ya que hace referencia a la posibilidad de que las negociaciones pudieran fallar y menciona un acuerdo vinculante que se completaría en el futuro. Esto contrasta con las cartas en el caso Tribune y en otros casos citados, donde se describían como acuerdos vinculantes.

Por lo tanto, el fallo sumario fue apropiado en las reclamaciones por incumplimiento de contrato de los apelantes. Sin embargo, el tribunal de distrito erró al otorgar el fallo sumario en su reclamación por "promissory estoppel", ya que existen cuestiones genuinas de hecho sobre si Arcadian hizo una promesa clara e inequívoca de negociar de buena fe, si los apelantes confiaron razonablemente en esa promesa y si sufrieron perjuicio como resultado.

En resumen, se confirman las reclamaciones por incumplimiento de contrato de los apelantes, pero se revoca y devuelve la reclamación por "promissory estoppel".

Como vemos, en este caso se fusionan las dos teorías, una contractual que especificaba que el memorando firmado (en el cual se acordó que ambas partes deberían culminar las tratativas de buena fe) era un precontrato y por lo tanto debería dar pie a una acción por incumplimiento de contrato, pero por otro lado quedó abierta la posibilidad de escudriñar el caso mediante la

herramienta del promissory estoppel (que no exige una obligación de negociar de buena fe). Pero como existía una obligación planteada en el memorándum anterior, la Corte Superior remanda el caso para explorar el tema del *promissory estoppel*.

Este caso se diferencia de la CIC (RINP) porque en la CIC el deber de negociar de buena fe viene impuesto por la legislación, sin embargo, en este caso la Corte de Apelaciones valoró la evidencia y determinó que la obligación de negociar de buena fe venía impuesto por el mandato del precontrato que imponía esta obligación. En otras palabras, lo que la Corte de Apelaciones está haciendo básicamente es dar cumplimiento al precontrato, determinando que es un acuerdo vinculante, por mandato de la propia convención. Entonces no se puede interpretar que el PE se uso como una herramienta que imponía el deber de negociar de buena fe, puesto que este deber venía impuesto por la fuerza del precontrato.

C. ***Atilio De Cicco v. Joseph Schweizer***[1700]

Estamos frente a una apelación del Tribunal Supremo, División de Apelaciones, Primer Departamento. Acción de apelación del demandado Attilio De Cicco contra Joseph Schweizer y otros. El fallo de la División de Apelaciones, Primer Departamento modifica y confirma un fallo del a quo a favor del demandante.

El 20 de enero de 1902, se llevó a cabo el matrimonio entre el Conde Oberto Giacomo Giovanni Francesco Maria Gulinelli y Blanche Josephine Schweizer (hija de Joseph Schweizer y Ernestine Teresa Schweizer). Cuatro días antes del matrimonio, el Conde Gulinelli y los padres de la novia (Joseph Schweizer y Ernestine Teresa Schweizer) entran en un acuerdo por medio del cual los padres pagarían una cuota anual de dinero al Conde y a su hija bajo la condición de que no se desistan de contraer nupcias (que ya estaban programadas a tomar efecto cuatro días después). La parte pertinente de dicho acuerdo reza así:

> Considerando que la señorita Blanche Josephine Schweizer, hija de dicho Sr. Joseph Schweizer y de dicha Sra. Ernestine Teresa Schweizer, está comprometida y se casará con el mencionado Conde Oberto Giacomo Giovanni Francesco Maria Gulinelli: Ahora, en consideración a todo lo expuesto en este contrato, el mencionado Sr. Joseph Schweizer

[1700] *De Cicco v. Schweizer,* 221 N.Y. 431 (N.Y. 1917).

> promete y acuerda expresamente, mediante el presente contrato, pagar anualmente a su mencionada hija Blanche, durante su propia vida y enviarle, durante toda su vida, la suma de dos mil quinientos dólares, o el equivalente de dicha suma en francos, siendo el primer pago de dicha cantidad realizado el día 20 de enero de 1902. (p. 1)

Ese mismo día, el demandado realizó el primer pago a su hija. Continuó realizando los pagos anuales hasta 1912. Esta acción se presenta para recuperar la cuota de ese año (1912). El demandante posee una cesión ejecutada por la hija, en la cual su esposo se unió. La cuestión es si existe alguna contraprestación para la pensión prometida.

No se discute que el matrimonio pueda ser una contraprestación suficiente. Sin embargo, el argumento del demandado es que el Conde Gulinelli ya estaba comprometido con la señorita Schweizer y que el matrimonio fue simplemente el cumplimiento de un deber legal existente. Por esta razón, se insiste en que faltaba contraprestación.

El Juez Cardozo se encarga de realizar la valoración. Es un caso que constituye un precursor del PE, puesto que se dio en el año 1917, anterior al Primer Restatement de Contratos. El argumento planteado genera un debate sobre un problema legal controvertido que ha sido analizado por los tribunales y los expertos en derecho con detallado razonamiento, pero sin llegar a un consenso claro. En general, se acepta que cuando una persona A tiene un contrato con otra persona B, una promesa realizada entre ellos para incentivar el cumplimiento del contrato carece de validez. Sin embargo, surgen complicaciones cuando la promesa de incentivo proviene de una persona C que no está involucrada en el contrato. En esta situación, se establecen diferencias entre contratos bilaterales y unilaterales, así como entre una promesa de C a cambio de una nueva promesa de A y una promesa de C a cambio del cumplimiento por parte de A.

Entonces, vemos que el padre de la novia promete al novio (el Conde) y presumiblemente a la novia también (lo que motivó las conjeturas de Cardozo) de que pagaría una anualidad de $2,500 a la pareja si efectivamente decidieran casarse. La pareja contrae nupcias y el padre pagó por diez años y después se rehúsa a cumplir.

Si la parte que brinda una promesa indemnizatoria es el padre de la novia hecha al Conde (y presumiblemente a la novia también) para que se desistan de no interrumpir las nupcias

venideras, y si los novios confían en esta promesa realizando pagos de la celebración de la boda (más número de invitados, comida, mejor preparación para la recepción, etc), estos novios se verían afectados si el padre de la novia no cumple con su promesa justo después que los novios contraen matrimonio y el padre se niega a pagar lo prometido.

Cardozo (*De Cicco v. Schweizer*) lo explicó de la siguiente forma:

> La contraprestación exigida no es una promesa, sino un acto. El conde no prometió nada. En efecto, el demandado le dijo: "Si te casas con mi hija, le pagaré una pensión vitalicia". Hasta que se celebrara el matrimonio, el demandado no estaba obligado. No hubiera sido suficiente que el conde estuviera dispuesto a casarse. El significado claro del contrato es que su prometida también debería estar dispuesta y que el matrimonio debería seguir… (p. 3)
>
> El escrito fue firmado por sus padres; se entregó a su futuro esposo; se hizo cuatro días antes del matrimonio; exigía un pago el día del matrimonio; y ese día se hizo el pago, y se hizo a ella. A partir de todas estas circunstancias, podemos inferir que en el momento del matrimonio, tanto la novia como el esposo conocían la promesa y que ambos actuaron basándose en esa confianza. (p. 3)
>
> El escrito fue firmado por sus padres; se entregó a su futuro esposo; se hizo cuatro días antes del matrimonio; exigía un pago el día del matrimonio; y ese día se hizo el pago, y se hizo a ella. A partir de todas estas circunstancias, podemos inferir que en el momento del matrimonio, tanto la novia como el esposo conocían la promesa y que ambos actuaron basándose en esa confianza. (p. 4)
>
> La conclusión a la que así se llega se refuerza con las consideraciones de política pública que rodean a los contratos relacionados con el matrimonio. La ley favorece los acuerdos matrimoniales y busca respaldarlos. Los coloca, para muchos propósitos, en una categoría aparte. (p. 5)

En realidad, no existe consideración ya que el hecho de no retractarse antes de casarse no supone una desventaja que constituya una contraprestación frente a la promesa del padre de la novia. No es un caso contractual, porque no existe consideración, pero es un caso incipiente de la promesa vinculante (*promissory estoppel*).

Es necesario aclarar que para el Segundo Restatement de Contratos, el apartado segundo del numeral 90 no considera necesaria la etapa probatoria del elemento "reliance" (confianza). Es necesario aclarar que en el Segundo Restatement de los Contratos, el numeral 90[1701] en su segundo

[1701] American Law Institute. (1981). Sección 90. Restatement of the Law, Second, Contracts [SRC].

apartado, no impone una obligación de probar el reliance, haciendo más fácil la configuración de este tipo de casos. Tal numeral dice: Promesa que induzca razonablemente a la acción o la omisión:

> 1.- Una promesa que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción u omisión por parte del aceptante o de un tercero y que induce tal acción u omisión es vinculante si la injusticia puede evitarse únicamente mediante el cumplimiento de la promesa. El remedio concedido por incumplimiento podrá ser limitado según lo exija la justicia.
> 2.- Una suscripción caritativa o un acuerdo de matrimonio son vinculantes según la subsección (1) sin prueba de que la promesa indujo a la acción o la indulgencia.

Por otra parte, no se trata de una negociación preliminar donde el padre la novia tenga la obligación de actuar de buena fe y sufre la posibilidad de recibir una penalidad o soportar la carga de indemnizar los gastos de los novios si el padre de la novia se niega a cumplir con su promesa (que es la de pagar $2,500 a los novios.) No podríamos estar hablando de una negociación preliminar por cuanto no hay un intercambio de patrimonios o promesas, ya que los novios se iban a casar independientemente de la promsa del padre de la novia; de modo que la figura del RINP no es muy efectiva en este escenario.

D. *Chrysler v. Quimby*[1702]

Este caso es una mixtura dos figuras en un solo caso. Se trata de que Chrysler firmó un contrato con Randall Rogers para la franquicia a Randall Motors para vender autos y autopartes de la marca Chrysler, era un acuerdo no exclusivo que aconteció en 1944. El abogado Quimby era amigo de los dueños de Randall Rogers, que tenían la franquicia de Chrysler, y poseía 10 acciones de la compañía. El tema es que Quimby entra en negociaciones con los dueños de Chrysler quienes le manifiestan su deseo de continuar con la franquicia si Quimby compraba el 51% de las acciones de Randall Rogers. En efecto, la bolsa de Nueva York vende las 350 acciones de Mrs. Randall a Randall Motors a $160 cada acción por un total de $56,000, y luego de parte de Mrs. Wayne 90 acciones a $200 cada acción por un total de $18,000. Entonces Quimby, confiado en las promesas brindadas por los dueños de Chrysler, compra 250 acciones de parte de Randall Rogers a $240

[1702] *Chrysler Corp. v. Quimby*, 51 Del. 264 (Del. 1958).

cada acción convirtiéndose en socio mayoritario, y gastó $38,000 de su propio dinero y $22,000 prestados. De modo que Quimby demanda a Chrysler basado en dos teorías, bajo la teoría del incumplimiento contractual demanda la suma de $33,000 como representante de Randall Motors, que era la pérdida de ventas de los autos y autopartes de Chysler y Plymuth, ya que Chryler incumplió con el contrato de franquicia al finalizar el contrato (pese a que ya sabían que Quimby había adquirido el 51% de acciones) sin el período de notificación previa de 90 días; más la suma de $60,000 para él mismo, representado por los gastos en la compra de las acciones basado en la confianza de las promesas de Chrysler (este extremo basado en la teoría del PE), de los cuales solamente la Corte aceptó los $38,000 que puso de su propio bolsillo, puesto que los otros $22,000 que se prestó fue un préstamo de su propia compañía y no de un tercero; y también demandó $19,000 como representante de Randall Motors, que era la pérdida de ventas por un período de 90 días (ya que Chrysler no dio una notificación propia).

Por su parte Yorio y Thel (1991) creen que la Corte dio un lucro cesante bajo la pretensión del PE; sin embargo, en su artículo no mencionaron que dicho caso se basó en dos teorías que estaban superpuestas, y que el lucro cesante se basó en la teoría del incumplimiento contractual y no en el PE. (p. 134)

Y estos autores concluyen que la sección 90 no se basa en el reliance para hacer vinculante a una promesa, sino en la calidad de la promesa. “Lo que distingue las promesas ejecutables de las inejecutables en virtud de la Sección 90 son las prueba y calidad del compromiso del promitente.” (Yorio, E. & Thel, S. 1991, p. 134).

Sin embargo, ya lo manifestamos anteriormente, que tanto la promesa como el reliance son elementos indispensables en la teoría del PE, lo que pasa es que las Cortes algunas veces enfatizan uno u otro elemento sin querer equiparar tal énfasis en un desprecio por un elemento u otro. Ambos elementos son importantes. En el caso del RINP, también se podría decir lo mismo, con la diferencia que el Estado interviene para añadir un elemento adicional cual es el deber de actuar de buena fe en la etapa prenegocial.

En este aspecto, otros autores han planteado algunas posturas un poco ambiciosas con respecto al tema contractual comercial en el sentido de añadir un paso extra, un elemento adicional al *promissory estoppel*, cual es que el promitente no solamente debe expresar una promesa, sino que debe manifestar su intención de estar legalmente vinculado a tal promesa. (Delong, S. 1997, p. 1022). El problema es que con este tipo de planteamientos se pierde la fisonomía del PE para

trasladarla al plano contractual. La idea, como lo vimos anteriormente, es enfocarse en ambos elementos del espectro: la promesa y el *reliance*.

E. *Conrad v. Fields*[1703]

El caso involucra a Walter R. Fields (apelante) y Marjorie Conrad (apelada). Fields había prometido pagar la matrícula y los libros de Conrad para la escuela de leyes, pero luego dejó de cumplir con esa promesa. Conrad presentó una demanda alegando que, en base a la promesa de Fields, había renunciado a empleo a tiempo completo y se había inscrito en la escuela de leyes. El tribunal de distrito falló a favor de Conrad y le otorgó daños y perjuicios por un monto de $87,314.63 bajo la doctrina de promissory estoppel. Fields apeló la decisión del tribunal de distrito.

En este caso, se aplica el estándar de "claramente erróneo" para revisar los hallazgos de hecho del tribunal de distrito, mientras que las cuestiones de derecho son revisadas de novo por este tribunal. Se establece que el *promissory estoppel* implica un contrato en derecho cuando no existe un contrato en realidad, basando esta afirmación en el caso Deli v. Univ. of Minn., 578 N.W.2d 779, 781(Minn.App. 1998).

La concesión de una indemnización equitativa está dentro de la discreción del tribunal de primera instancia, y solo se revertirá en caso de un claro abuso de dicha discreción. Para determinar la injusticia, se considera la razonabilidad de la confianza del beneficiario y se ponderan las políticas públicas a favor de hacer cumplir los acuerdos y prevenir el enriquecimiento injusto.

En el caso en cuestión, el tribunal determinó que el demandante presentó suficiente información en su demanda para notificar al demandado sobre la reclamación de *promissory estoppel.* Además, se encontró que existían pruebas creíbles de que el demandado había alentado al demandante a ir a la escuela de leyes con la promesa de pagar por su educación legal. El demandante confió en esta promesa y tomó la decisión de inscribirse en la escuela de leyes en base a ella. En consecuencia, se estableció la existencia de un reclamo de *promissory estoppel*.

En este caso, el tribunal de distrito encontró que la demandante había presentado pruebas suficientes para demostrar los elementos del *promissory estoppel*. La demandante alegó en su

[1703] *Conrad v. Fields*, No. A06-1387 (Minn. Ct. App. July 24, 2007). Consultar también Calamari, J., Perillo, J., Bender, H., Brown, C. (2018). *Cases and Problems on Contracts*. Minnesota: West Publishing Co, p. 304-308).

demanda que, basándose en las garantías y la inducción del demandado, tomó la decisión de inscribirse en la escuela de leyes, y que no lo habría hecho de no ser por la promesa del demandado de pagar por su educación legal. Asimismo, la demandante argumentó que, basado en las promesas del demandado, había renunciado a su trabajo.

Un aspecto interesante en la demanda es que se demandó por la pensión (tuition) y el costo de los libros. Como quiera que el demandado ya había pagado dos mensualidades, se descontó un par de meses, pero el costo total de la carrera se impuso como un gasto a resarcir.

El tribunal encontró creíble el testimonio de la demandante de que el demandado la alentó a ir a la escuela de leyes, sabiendo que ella no podría pagarlo por sí misma. Se estableció que el demandado había ofrecido pagar los gastos de la demandante y que ella confió en esta promesa, renunciando a su trabajo y matriculándose en la escuela de leyes. El tribunal determinó que sería injusto no hacer cumplir la promesa y que la demandante había sufrido un perjuicio al confiar en ella, o sea un total de $87,314.63.

El demandado argumentó que el *promissory estoppel* no puede sustituir la consideración y que la demandante no tenía base para reclamar un contrato exigible debido a la falta total de consideración. Sin embargo, el tribunal señaló que el *promissory estoppel* se basa en la confianza, y no en la consideración, y que su propósito es prevenir la injusticia. Se afirmó que la demandante tenía derecho a confiar en la promesa del demandado y que había sufrido un perjuicio al confiar en ella.

El demandado también argumentó que el contrato era inaplicable debido a la falta de un acuerdo por escrito (de acuerdo al Estatuto de fraudes[1704]) y a que la demandante tenía la intención de tomar más de un año para completar la escuela de leyes. Sin embargo, el tribunal señaló que el estatuto de fraudes, que requiere un acuerdo por escrito en ciertos casos, no se aplica cuando la acción se basa en el *promissory estoppel*, ya que no se trata de hacer cumplir un contrato, sino de prevenir la injusticia basada en la confianza razonable de una parte en la promesa de la otra.

[1704] En cuanto al estatuto de fraudes, remitimos al lector al capítulo III de esta obra. En este sentido Corbin expresó: "Antes de ordenar el cumplimiento, en desacato a la prohibición estatutaria, el tribunal debe estar completamente convencido de que el contrato oral fue efectivamente realizado como se alega. Esto explica las diversas limitaciones de protección de la doctrina del cumplimiento parcial. Una de estas limitaciones, y la más importante y efectiva de todas, es que el cumplimiento específico no se decretará a menos que el contrato oral se demuestre completamente satisfactorio para el tribunal" (Corbin, A. (1952) *Corbin on Contracts*. Minnesota: West Publishing Co., p. 444).

En resumen, el tribunal de distrito encontró que la demandante había demostrado los elementos del promissory estoppel y que era justo hacer cumplir la promesa del demandado. Por lo tanto, el tribunal confirmó la reclamación de *promissory estoppel* de la demandante.

En cuanto a la CIC (sobre todo el aspecto de la RINP), el Tribunal habría resuelto indagar si la conducta del demandado constituía un comportamiento negligente o de mala fe. Este extremo es complicado por cuanto el demandado argumentó que le dijo a la demandante que ya no podría seguir pagando las pensiones universitarias (después de haber pagado un par de mensualidades) porque el IRS había congelado sus finanzas y que solamente le pagaría a ella si es que ella se graduaba de abogada e ingresaba a la Asociación de abogados después de pasar los exámenes de la barra, o sea argumentó que su intención fue la de cancelar los pagos y acusó a la demandante de no haber mitigado los daños retirándose de la escuela de leyes en ese momento con lo cual su mala fe estaría descartada. Sin embargo, el PE no se centra en la mala fe sino en el reliance (confianza) de la parte demandante en las promesas del demandado.

F. *Cosgrove v. Bartolotta*[1705]

En un juicio de diversidad regido por la ley de Wisconsin, un jurado otorgó al demandante una indemnización de $135,000. Los daños se desglosaron de la siguiente manera: $117,000 por *promissory estoppel*, $1,000 por tergiversación y $17,000 por enriquecimiento injusto. En respuesta a la moción de los demandados para modificar o enmendar la sentencia, el juez dictó sentencia a favor de los demandados respecto al reclamo de *promissory estoppel*, argumentando que el demandante no había demostrado haber confiado en la promesa; pero dejó en pie el veredicto del jurado con respecto a los otros reclamos. Ambas partes apelaron.

En este caso, Bartolotta buscó la ayuda de Barry Cosgrove, un amigo de la familia que era un abogado corporativo experimentado, para abrir un nuevo restaurante en Milwaukee. Bartolotta solicitó un préstamo de $100,000 a Cosgrove, junto con su asesoría comercial y legal. A cambio, Bartolotta prometió pagar el préstamo con intereses dentro de los tres años y también proporcionar a Cosgrove una participación del 19 por ciento en la propiedad del restaurante.

[1705] *Cosgrove v. Bartolotta*, 150 F.3d 729 (7th Cir. 1998).
.

Sobre la base de la promesa del préstamo de Cosgrove, Bartolotta pudo asegurar el financiamiento bancario para la empresa. Confiando en la promesa de una participación en la propiedad del restaurante, Cosgrove ayudó a Bartolotta a negociar el arrendamiento de las instalaciones del restaurante y el préstamo bancario. Además, la empresa se organizó como una sociedad de responsabilidad limitada (LLC) basada en el asesoramiento de Cosgrove.

Sin embargo, a pesar de que se completaron todos los arreglos y de que Cosgrove estaba dispuesto y en condiciones de otorgar el préstamo, Bartolotta obtuvo financiamiento alternativo y excluyó a Cosgrove del trato. Como resultado, Cosgrove en realidad nunca hizo el préstamo, ni se le otorgó el interés de propiedad prometido en el restaurante.

El restaurante abrió y tuvo éxito, lo que significa que la participación en la propiedad que habría recibido Cosgrove si Bartolotta hubiera cumplido su promesa ahora tiene valor. En consecuencia, Cosgrove inició una demanda en busca de la participación en la propiedad que le prometieron inicialmente.

Estos hechos brindan el trasfondo de la disputa entre Cosgrove y Bartolotta, donde Cosgrove afirma que Bartolotta incumplió su promesa y lo privó de la participación en la propiedad del exitoso restaurante.

Aunque el jurado falló en contra de Cosgrove en su reclamo por incumplimiento de contrato, el *promissory estoppel* puede ser una base alternativa para buscar daños debido a la promesa incumplida. El jurado podría razonablemente concluir que no había un contrato específico entre Cosgrove y Bartolotta en cuanto a la participación en el restaurante. Sin embargo, si se cumple el requisito de una promesa que induzca un cambio costoso en la posición del beneficiario y exista una expectativa razonable de que se cumplirá, se puede aplicar el *promissory estoppel*. Esto significa que Cosgrove podría buscar el cumplimiento de la promesa original o recibir una compensación por los daños sufridos debido a la ruptura de la relación.

La Corte, en palabras del juez ponente Posner[1706] expone sus argumentos en este caso (*Cosgrove v. Bartolotta*) de la siguiente forma:

> Enterrada en nuestro resumen conciso de la ley del *promissory estoppel* se encuentra una importante calificación: la confianza que hace que la promesa sea legalmente exigible debe ser inducida por una expectativa razonable de que la promesa se cumplirá. Una promesa

[1706] Los otros jueces de la Corte de Apelaciones del Distrito Federal del Este de Wisconsin eran Flaum y Diane Wood.

que es vaga y condicionada puede tener un valor esperado suficiente para llevar a una persona razonable a invertir tiempo y esfuerzo en tratar de maximizar la probabilidad de que se cumpla la promesa. Pero si lo hace sabiendo que está invirtiendo por una oportunidad y no confía en una promesa firme que una persona razonable esperaría que se cumpliera, no puede invocar el *promissory estoppel*. Consulte *Major Mat Co. v. Monsanto Co*., 969 F.2d 579, 583 (7mo Circuito 1992); *Gruen Industries, Inc. v. Biller*, 608 F.2d 274, 280-82 (7mo Circuito 1979); *Inter-Mountain Threading, Inc. v. Baker Hughes Tubular Services, Inc*., 812 P.2d 555, 559 (Wyo. 1991); *Security Bank Trust Co. v. Bogard*, 494 N.E.2d 965, 968-69 (Ind.App. 1986).

Una pregunta más difícil es si Cosgrove realmente se basó en la promesa. Es peligroso tomar un término legal en su sentido común. "Confiar", en la ley del *promissory estoppel*, no es simplemente hacer algo en respuesta al estímulo ofrecido por la promesa. Debe haber un costo para el beneficiario de hacerlo. *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc*., 133 N.W.2d 267, 275 (Wis. 1965); *Creative Demos, Inc. v. Wal-Mart Stores, Inc.,* 142 F.3d 367, 369 (7mo Circuito 1998). (p. 733).

No se demostró que el compromiso de $100,000 fuera un costo para Cosgrove. Nunca hizo realmente el préstamo y no hay evidencia de que el hacer la promesa le haya impuesto un costo directo, como habría sucedido si, por ejemplo, hubiera tenido que pagar impuestos sobre ganancias de capital para obtener el efectivo necesario para hacer el préstamo si se le pedía hacerlo…

Dado que el juez no debería haber anulado la indemnización por daños y perjuicios del jurado sobre la reclamación de *promissory estoppel*, no debería haber negado una adjudicación de costas a Cosgrove sobre la base de que Cosgrove no había logrado recuperar el monto mínimo legal en controversia; la adjudicación de daños por *promissory estoppel* lo llevó muy por encima ese nivel. Pero para futuras referencias, señalamos que el juez erró al pensar que la negación de costas en tal un caso es obligatorio en lugar de discrecional. (pp. 733-734)

Los demandados apelan la indemnización otorgada por tergiversación y enriquecimiento injusto. La evidencia respalda que Bartolotta tergiversó un hecho presente y que Cosgrove brindó un beneficio por el cual tenía derecho a ser compensado. El jurado determinó que Cosgrove brindó beneficios a Bartolotta confiando en recibir una participación en la propiedad del restaurante.

En este caso, todo lo que buscaba Cosgrove era una indemnización por daños y perjuicios compensatorios, es decir, una indemnización que lo colocara en la posición que hubiera ocupado si el demandado no hubiera cometido actos erroneos. Si Bartolotta hubiera cumplido su promesa, Cosgrove habría sido propietario de una parte del negocio de Bartolotta, una parte que el jurado valoró en $117,000, presumiblemente teniendo en cuenta el riesgo de que Cosgrove perdiera su préstamo de $100,000 en caso de que el negocio fracasara (el negocio de restaurantes es muy arriesgado). No se le habría pagado adicionalmente $17,000 por los servicios prestados ni $1,000

como una especie de "tarifa de cancelación", ya que la participación en la propiedad era la compensación completa por sus servicios. Por lo tanto, los daños otorgados por el jurado fueron excesivos, pero como los demandados no objetan el veredicto en este sentido, el punto se considera renunciado.

En resumen, la sentencia se confirma en parte y se revoca en parte, con instrucciones de restablecer la sentencia original y otorgar al demandante sus costos.

Como vemos, la Corte de Apelaciones estimó que la base fundamental en un caso de PE es que la parte promisoria (el beneficiario) haya actuado en confianza (reliance) en la promesa del promitente y que este detrimento del promisario sea la base para computar el monto indemnizatorio. No es simplemente demandar y alegar que el promisario confió en la promesa, sino que debe existir un cambio de actitud, un costo, o sea un detrimento.

Por su parte, el RINP habría resuelto este caso a través del estudio de la actitud de Bartolotte, es decir, valoraría si hubo malicia o mala fe al momento de retirar la promesa hecha. En este caso, la evidencia es insuficiente para determinar a ciencia cierta si Bartolotte actuó con malicia o con mala fe. Como vino en el capítulo II, y lo corroboramos en el próximo capítulo, la buena fe se presume, y la mala fe (malicia, deshonestidad, deslealtad) debe probarse.

G. *Devecmon v. Shaw*[1707]

El demandante, John Semmes Devecmon, presentó una demanda contra los administradores de la sucesión de John S. Combs, fallecido. El demandante alegó reclamaciones comunes y presentó un desglose detallado de los hechos. Después de obtener un fallo por rebeldía, se convocó a un jurado para determinar los daños sufridos por el demandante.

La evidencia consistió en ciertas cuentas tomadas de los libros del fallecido y testimonios que indicaban que el demandante era sobrino del fallecido y había vivido durante varios años en su familia, trabajando como empleado de él. El demandante presentó una oferta de prueba para demostrar que realizó un viaje a Europa por solicitud expresa de Combs, quien prometió reembolsarle todo el dinero gastado en dicho viaje. Sin embargo, el tribunal se negó a admitir esta evidencia. La corte de apelaciones determinó que el testimonio era relevante, ya que demostraba

[1707] *Devecmon v.Shaw*. Court of Appeals of Maryland, 69 Md. 199, 14 A. 464 (1888).

que el demandante había incurrido en gastos a solicitud del fallecido y que existía una promesa expresa de reembolso.

Además, se afirmó que el incumplimiento de la promesa podría implicar una obtención de gastos mediante un engaño. Por lo tanto, se revocó el fallo y se ordenó un nuevo juicio. También se determinó que la cuenta presentada por el demandante, que mostraba un acuerdo final, era suficiente para cubrir los términos generales de la demanda y que no había pruebas suficientes para respaldar los intereses reclamados en la cuenta. Por lo tanto, se concedió la petición de los demandados para excluir los intereses reclamados en la cuenta.

En este caso, la Corte se enfocó en el *reliance*, en la confianza generada en el demandante para realizar el viaje. La Corte determinó (*Devecmon v. Shaw*):

> Es posible, y probablemente así fue, que el demandante no hubiera realizado un viaje a Europa por su cuenta. Pero, sea esto cierto o no, el testimonio habría demostrado que el demandante incurrió en gastos a solicitud del difunto y con la promesa expresa de que le reembolsaría el dinero gastado… Es un caso totalmente diferente de una promesa de hacer un regalo a otra persona o brindarle un servicio gratuito. No importa que el demandante se haya beneficiado del gasto de su propio dinero. Fue inducido por esta promesa a gastarlo de esta manera en lugar de otra forma. Si no se cumple, el gasto habrá sido obtenido mediante un engaño. Dado que el demandante, según la teoría de esta evidencia, cumplió su parte del contrato y solo quedaba por hacer el pago del dinero por parte del demandado, podría haber una recuperación en *indebitatus assumpsit*, y no era necesario declarar sobre el contrato especial. (p. 2).

En el caso mencionado, si se hubiera aplicado la teoría de la *culpa in contrahendo (o RINP)*, se habría examinado si existió algún comportamiento negligente o engañoso por parte del fallecido (demandado) que llevó al demandante a incurrir en gastos basado en una promesa de reembolso. Se habría evaluado si el demandado actuó de manera justa y honesta en la etapa de negociación y si cumplió con su promesa.

Si se determinara que el demandado actuó de manera negligente o engañosa en la etapa de negociación y que esto llevó al demandante a incurrir en gastos, podría haberse sostenido que el demandado fue responsable por la culpa in contrahendo. Esto habría permitido al demandante buscar una compensación por los gastos incurridos en virtud de la promesa de reembolso incumplida.

Con ello vemos que la teoría del PE es menos onerosa y más eficiente que la CIC porque la CIC impone un *onus probandi* que es concomitante con la teoría del misrepresentation, donde se debe probar la existencia de un engaño.

Según Corbin (1952, p. 383), se han registrado diversos casos análogos en los cuales los tribunales han dado efecto a promesas realizadas con el propósito de inducir o permitir al demandante llevar a cabo determinadas acciones que de otro modo no habría emprendido, acciones que resultan parcial o totalmente beneficiosas para el demandante (beneficiario) y que son deseadas o sugeridas por el promisor, a pesar de que no tienen beneficio económico o material para este último. Por ejemplo, en el caso *Ricketts v. Scothorn*[1708], se otorgó una nota promisoria de $2,000 a la nieta del deudor para persuadirla de dejar de trabajar como contadora. De manera similar, en *Shadwell v. Shadwell*[1709], un tío prometió una pensión anual a su sobrino para apoyar su matrimonio y su carrera como abogado. Además, en *Young v. Boyd*[1710], el demandante asistió a una escuela a instancias del demandado, quien prometió cubrir los gastos. Asimismo, en *Bigelow v. Bigelow*[1711], un tío prometió una granja a su sobrino a cambio de que este renunciara a su trabajo y se mudara a la propiedad. Por último, en *Davies v. Rhondda Dist. Urban Council*[1712], se hizo cumplir una resolución que estipulaba el pago de salarios a los maestros que se enlistaran en la guerra (Corbin, 1952, p. 383).

Según Corbin (1952, p. 382), cuando se hace una promesa con una condición explícita que requiere que el beneficiario tome acción o se abstenga de hacerlo, lo cual es beneficioso para el promisor, es razonable inferir que el promisor pretende negociar esa acción o abstención, considerándola como una "contraprestación" por la promesa. Los casos en los que un propietario de tierras promete transferirlas como un regalo y el beneficiario, confiando en la promesa, toma posesión y realiza mejoras valiosas, a menudo se hacen cumplir a favor del beneficiario. Ejemplos de tales casos incluyen *Messiah Home for Children in City of New York v. Rogers* (212 N.Y. 315, 106 N.E. 59, 1914), *Freeman v. Freeman* (43 N.Y. 34, 3 Am.Rep. 657, 1870), *Seavey v. Drake* (62 N.H. 393, 1882) y *Neale v. Neales* (76 U.S. (9 Wall.) 1, 19 17, Ed. 590, 1869). En algunos casos,

[1708] *Ricketts v. Scothorn*, 57 Neb. 51, 77 N.W. 365 (1898)
[1709] *Shadwell v. Shadwell*, 30 L.J.C.P. 145 (1860).
[1710] *Young v. Boyd*, 107 Md. 449, 69 A.33 (1908).
[1711] *Bigelow v. Bigelow*, 95 Me. 17, 49. A. 49 (1901).
[1712] *Davies v. Rhondda Dist. Urban Council*, 87, L.J.K.B. 66 (1917).

se ha concedido la ejecución debido a que el beneficiario ha tomado acciones sustanciales e irrevocables confiando en la promesa.[1713]

G. *Drennan v. Star Paving Co*.[1714]

El demandado apela de una sentencia a favor del demandante en una acción para recuperar daños causados por la negativa del demandado a realizar ciertos trabajos de pavimentación de acuerdo con una oferta que presentó al demandante.

El demandante, un contratista general con licencia, estaba preparando una oferta para el "Trabajo de la Escuela Monte Vista" en el distrito escolar de Lancaster el 28 de julio de 1955. Las ofertas debían presentarse antes de las 8 p.m. El demandante testificó que era costumbre en esa área que los contratistas generales recibieran las ofertas de los subcontratistas por teléfono en el día establecido para la oferta y confiar en ellas para calcular sus propias ofertas. Así que ese día, la secretaria del demandante, la Sra. Johnson, recibió por teléfono entre 50 y 75 ofertas de subcontratistas para varias partes del trabajo de la escuela. A medida que llegaba cada oferta, ella la anotaba en un formulario especial, que llevaba a la oficina del demandante. Él luego lo registraba en una hoja maestra de costos que enumeraba los nombres y las ofertas de todos los subcontratistas. Su propia oferta debía incluir los nombres de los subcontratistas que realizarían la mitad de uno por ciento o más del trabajo de construcción, y también debía proporcionar una fianza del oferente del 10 por ciento de su oferta total de $317,385 como garantía de que firmaría el contrato si se le adjudicaba el trabajo.

A última hora de la tarde, la Sra. Johnson tuvo una conversación telefónica con Kenneth R. Hoon, un estimador del demandado, un subcontratista. Él dio su nombre y número de teléfono

[1713] Cabe destacar que en el caso *Devecmon v. Shaw*, de acuerdo a Corbin la cantidad prometida coincidía con la cantidad gastada por el beneficiario confiando en la promesa. Además, la acción presentada por el beneficiario en ese caso fue una acción de derecho común utilizando los "cargos comunes" en *Assumpsit*. Si bien puede no haber siempre una equivalencia exacta entre la acción tomada en confianza y el cumplimiento prometido en los casos citados, el recurso otorgado fue tanto la ejecución específica en equidad de ese cumplimiento específico como un fallo de derecho común por el valor total de los daños por incumplimiento. Por otro lado, como lo veremos posteriormente, dentro de la figura de la CIC la reparación del daño solamente se limita al interés negativo (daño emergente) y no a la ejecución forzosa (*specific performance*). (Corbin, A. (1952) *Corbin on Contracts*. Minnesota: West Publishing Co., p. 383).

[1714] *Drennan v. Star Paving Co.,* 51 Cal.2d 409 (Cal. 1958).

y declaró que estaba ofertando para el demandado para los trabajos de pavimentación en la Escuela Monte Vista de acuerdo con los planos y especificaciones, y que su oferta era de $7,131.60. A solicitud de la Sra. Johnson, repitió su oferta. El demandante escuchó la oferta a través de un teléfono de extensión en su oficina y la registró en la hoja maestra después de recibir el formulario de oferta de la Sra. Johnson. La oferta del demandado fue la más baja para la pavimentación. El demandante calculó su propia oferta en consecuencia y la presentó con el nombre del demandado como subcontratista para la pavimentación. Cuando se abrieron las ofertas el 28 de julio, resultó que la del demandante era la más baja, y se le adjudicó el contrato.

Al día siguiente, en su camino a Los Ángeles, el demandante se detuvo en la oficina del demandado. La primera persona que conoció fue el ingeniero de construcción del demandado, el Sr. Oppenheimer. El demandante testificó: "Me presenté y él inmediatamente me dijo que habían cometido un error en su oferta de la noche anterior, que no podían hacerlo por el precio que habían ofertado, y le dije que esperaría que cumpliera con su oferta original porque la había utilizado para elaborar mi oferta y el trabajo les estaba siendo adjudicado. Y yo tendría que ir y hacer el trabajo de acuerdo con mi oferta y esperaría que ellos hicieran lo mismo".

El demandado se negó a realizar el trabajo de pavimentación por menos de $15,000. El demandante testificó que obtuvo cifras de otras personas y, después de intentar durante varios meses obtener la oferta más baja posible, contrató a la empresa L H Paving Company, una empresa en Lancaster, para realizar el trabajo por $10,948.60.

El tribunal de primera instancia determinó, basándose en pruebas sustanciales, que el demandado hizo una oferta definitiva para realizar la pavimentación del trabajo en Monte Vista de acuerdo con los planes y especificaciones por $7,131.60, y que el demandante se basó en la oferta del demandado al calcular su propia oferta para el trabajo escolar y al nombrar al demandado como subcontratista para el trabajo de pavimentación. En consecuencia, emitió un fallo a favor del demandante por la cantidad de $3,817 (la diferencia entre la oferta del demandado y el costo de la pavimentación para el demandante), más costos.

El demandado argumentó que no hubo un contrato ejecutable entre las partes porque hizo una oferta revocable y la revocó antes de que el demandante comunicara su aceptación al demandado.

En este caso, el Juez de primera instancia opinó que no había evidencia de que el demandado ofreciera hacer su oferta irrevocable a cambio del uso de sus cifras por parte del

demandante al calcular su oferta. Tampoco había evidencia que justifique interpretar el uso de la oferta del demandado por parte del demandante como una aceptación de la misma, vinculando al demandante, con la condición de que recibiera el contrato principal, a otorgar el subcontrato al demandado. En resumen, no hubo ni una opción respaldada por contraprestación ni un contrato bilateral vinculante para ambas partes.

Sin embargo, el demandante sostiene que confió en detrimento propio en la oferta del demandado y que, por lo tanto, el demandado debe responder por los daños causados por su negativa a cumplir. Por lo tanto, la pregunta es: ¿La confianza del demandante hizo que la oferta del demandado fuera irrevocable?

Como ya lo hemos revisado en el capítulo IV, la sección 90 del Primer Restatement of Contracts establece: "Una promesa que el promisor razonablemente debería esperar que induzca una acción o abstención de carácter definido y sustancial por parte del beneficiario de la promesa y que efectivamente induzca dicha acción o abstención será vinculante si solo se puede evitar la injusticia mediante el cumplimiento de la promesa". Esta regla se aplica en este caso. (*Edmonds v. County of Los Angeles,* 40 Cal.2d 642 [255 P.2d 772]; *Frebank Co. v. White,* 152 Cal.App.2d 522 [313 P.2d 633]; *Wade v. Markwell Co.,* 118 Cal.App.2d 410 [258 P.2d 497, 37 A.L.R.2d 1363]; *West v. Hunt Foods, Inc*., 101 Cal.App.2d 597 [225 P.2d 978]; *Hunter v. Sparling*, 87 Cal.App.2d 711 [197 P.2d 807].

La oferta del demandado constituyó una promesa de cumplir en las condiciones establecidas expresamente o por implicación. En consecuencia, se dictó un fallo a favor del demandante por la suma de $3,817 (la diferencia entre la oferta del demandado de $10,748.60, y el costo del pavimento para el demandante, $7,131.60), además de los costos. Pese a que no existe contrato bilateral vinculante, la Corte opinó que sí existía un promissory estoppel por cuanto el subcontratista dio una oferta al contratista general para que éste a su vez gane una licitación.

En cuanto a la CIC, para que este caso sea ventilado a través de la lupa de la RINP, necesariamente el demandante tendría que demostrar que el demandado cambio de opinión basado en malicia, deslealtad y mala fe. La buena fe se presume (como lo vimos en el capítulo II y VI). Sin embargo, en el presente caso, el demandando argumentó error, el cual puede estar incluido dentro de la buena fe, no necesariamente todo error es participe de la mala fe, pero para la CIC el demandante tendría que ir un paso más allá y demostrar que el demandado actuó de mala fe. Es

decir, la CIC impone un paso procesal más gravoso y oneroso para el demandante, con ello hace que la figura de la RINP sea menos eficaz que la del PE, y con ello genera un resultado menos justo que el alcanzado por el PE.

I. *Feinberg v. Pfeiffer Company*.[1715]

Esta es una demanda presentada en el Tribunal de Circuito de la Ciudad de St. Louis. La demandante Anna Sacks Feinberg fue empleada de Pfeiffer Company durante casi 40 años, es decir ex empleada de la corporación demandada, y afirmó que la demandada acordó pagarle $200 por mes de por vida al momento de su jubilación. El caso fue juzgado por el tribunal sin jurado, y el fallo otorgó al demandante $5,100, que representaba el monto de la pensión reclamada como adeudada en el momento del juicio, más intereses. El demandado apeló la sentencia.

Ambas partes están de acuerdo en los hechos principales del caso. La demandante comenzó a trabajar para la demandada, una empresa farmacéutica, en 1910 cuando tenía 17 años. En 1947, había ascendido al puesto de contadora, directora de oficina y tesorera adjunta de la empresa. También poseía 70 acciones de la empresa de un total de 6.503 acciones. Algunas acciones le fueron entregadas por el demandado o su presidente, algunas las compró ella y el resto las adquirió a través de una división de acciones o dividendos.

A lo largo de los años, la demandante recibió dividendos sobre sus acciones y una bonificación anual que oscilaba entre $300 y $2000 desde 1937 hasta 1949. El 27 de diciembre de 1947, durante la reunión anual de la empresa, la Junta Directiva, compuesta por el presidente y otros cuatro directores quien poseía la mayoría de las acciones, aprobó una resolución que es central en el caso, que permitiría a Feinberg jubilarse y recibir una pensión de $200 por mes de por vida.

El presidente señaló entonces que la tesorera adjunta, la Sra. Anna Sacks Feinberg, había brindado muchos años de servicio fiel a la corporación. No sólo había servido a la corporación con devoción, sino con habilidad y destreza excepcionales. El presidente señaló que aunque todos los oficiales y directores sinceramente esperaban y deseaban que la Sra. Feinberg continuara en su

[1715] *Feinberg v. Pfeiffer Company*, 322 S.W.2d 163 (Mo. Ct. App. 1959).

puesto actual todo el tiempo que se sintiera capaz, sin embargo, debido a la duración del servicio que ella había brindado, se debería hacer una provisión para ofrecerle privilegios y beneficios de jubilación que se conviertan en una obligación firme de la corporación, disponibles para ella cuando decida retirarse del servicio activo, sin importar cuántos años en el futuro se haga efectivo dicho retiro.

En consecuencia, se propuso que el salario de la Sra. Feinberg, que actualmente era de $350.00 al mes, se aumentara a $400.00 al mes, y que se le otorgara el privilegio de retirarse del servicio activo en la corporación en cualquier momento que ella eligiera, con una pensión de jubilación de $200.00 al mes por el resto de su vida, con el entendimiento claro de que el plan de jubilación se adopta simplemente en el presente para brindarle seguridad a la Sra. Feinberg para el futuro y con la esperanza de que sus servicios activos continúen con la corporación durante muchos años más.

Después de una discusión y consideración adecuadas, y tras una moción debidamente presentada y respaldada, se aprobó la siguiente resolución: "Resuelto, que el salario de Anna Sacks Feinberg se aumente de $350.00 a $400.00 al mes y que se le otorgue el privilegio de retirarse del servicio activo en la corporación en cualquier momento que ella elija, con una pensión de jubilación de $200.00 al mes por el resto de su vida".

A solicitud del Sr. Lippman, sus yernos, los Sres. Harris y Flammer, visitaron a la demandante en su apartamento el mismo día para informarle sobre la aprobación de la resolución. La demandante testificó en contra interrogatorio que no tenía conocimiento previo de que se contemplara dicho plan de pensión, que fue una sorpresa para ella y que habría continuado en su empleo sin importar si se adoptaba o no dicha resolución. Es evidente según la evidencia que no existía ningún contrato, verbal o escrito, en cuanto a la duración del empleo de la demandante, y que ella era libre de renunciar y el demandado de despedirla en cualquier momento.

La demandante continuó trabajando para el demandado hasta el 30 de junio de 1949, fecha en que se jubiló. De acuerdo con la resolución mencionada anteriormente, el demandado comenzó a pagarle la suma de $200 mensuales a partir del primero de cada mes. El Sr. Lippman falleció el 18 de noviembre de 1949 y fue sucedido como presidente de la compañía por su viuda. Debido a una enfermedad, ella se retiró de ese cargo y fue sucedida en octubre de 1953 por su yerno, Sidney M. Harris. El Sr. Harris testificó que mientras la Sra. Lippman había sido presidenta, ella firmaba

el cheque mensual de pensión que se le pagaba a la demandante, pero se quejaba de hacerlo y consideraba los pagos como regalos.

El apelante argumenta que no hay pruebas suficientes para respaldar las conclusiones del tribunal de que la demandante no habría dejado de trabajar si no hubiera recibido la promesa de una pensión mensual de por vida. Sin embargo, el tribunal de primera instancia encontró que había pruebas que respaldaban esta afirmación.

El apelante también objeta la admisión de la declaración de la demandante sobre su estado de salud en el momento del juicio, pero el tribunal señala que este error (si lo hubiera) no sería motivo de reversión. El tribunal consideró la evidencia admisible y llegó a la conclusión de que la demandante confiaba en los pagos de pensión y no habría dejado de trabajar si no hubiera sido por esa promesa.

La defensa del demandado argumenta que la resolución de la Junta Directiva fue una promesa de regalo y que no se generó un contrato válido. Sostiene que no se dio ninguna consideración por parte de la demandante y que los servicios pasados no son una consideración válida. Además, argumenta que la resolución no condiciona su efectividad a la continuidad del empleo de la demandante y que ella era libre de renunciar en cualquier momento.

La demandante sostiene que había dos elementos que respaldaban el contrato: su continuación en el empleo del demandado y su cambio de posición al jubilarse confiando en la promesa de una pensión. Sin embargo, el tribunal está de acuerdo con el demandado en que la evidencia no respalda la afirmación de empleo continuo como base para la pensión. No se requería que la demandante trabajara por un período de tiempo específico, y ella misma testificó que podría haber renunciado en cualquier momento.

En relación a la segunda afirmación, el Tribunal está de acuerdo con la demandante. Según los términos de la resolución, el demandado se comprometió a pagarle $200 al mes a la demandante al jubilarse. La consideración para una promesa se define en el numeral 75 del Segundo Restatement de Contractos como un acto distinto a una promesa, una abstención, la creación, modificación o destrucción de una relación legal, o una promesa de retorno, negociada y dada a cambio de la promesa.

Ambas partes coinciden en que la consideración suficiente para respaldar un contrato puede ser un beneficio para el que hace la promesa o una pérdida o detrimento para el destinatario de la promesa. Además, la Sección 90 de la Restatement de Contratos establece que una promesa será vinculante si el que la hace razonablemente espera que induzca una acción o abstención definida y sustancial por parte del destinatario de la promesa, y efectivamente se produce dicha acción o abstención. Esta doctrina se conoce como "promissory estoppel" y se diferencia del concepto de *equitable estoppel* o *estoppel* en materia de hechos.

En resumen, se argumenta que el demandado se comprometió a pagar una cantidad específica a la demandante al jubilarse, lo cual constituye una consideración válida según la ley de contratos. Además, se sostiene que la promesa debe ser vinculante si el que la hace puede razonablemente esperar que el destinatario de la promesa realice una acción o abstención importante, y esto efectivamente ocurre.

La Corte sentenció:

Al hablar de esta doctrina, el juez Learned Hand dijo en *Porter v. Comisionado de Rentas Interna*s, 2 Cir., 60 F.2d 673, 675, que “promissory estoppel” es ahora una especie reconocida de consideración”.[1716]

La doctrina del promissory estoppel se usa a menudo para proteger a las personas que han confiado en las promesas de otros. Es una herramienta poderosa que se puede utilizar para prevenir la injusticia. Finalmente, la Corte culmina su resolución citando otro caso muy parecido que le sirve de precedente e inspiración:

En este caso, la Corte hizo alusión a un caso muy similar, *Ricketts v. Scothorn*, 57 Neb. 51, 77 N.W. 365, 367, 42 L.R.A. 794:

> La Corte Suprema de Nebraska dijo: De acuerdo con la prueba indiscutible, como lo demuestra el expediente que tenemos ante nosotros, la demandante era una niña trabajadora, ocupando un puesto en el que ganaba un salario de $10 por semana. Su abuelo, deseando ponerla en una posición de independencia, le entrega la nota que la acompañaba con el comentario de que sus otros nietos no trabajaban y que ella no estaría obligada a trabajar más. En efecto, le sugirió que podría abandonar su empleo y confiar en el futuro en la generosidad que él prome. Sin duda, deseaba que ella abandonara su ocupación, pero, tanto si lo hizo como si no, es completamente seguro que él contemplaba tal acción de su

[1716] *Feinberg v. Pfeiffer Company*, 322 S.W.2d 163 (Mo. Ct. App. 1959).

> parte como una consecuencia razonable y probable de su regalo. Habiendo influenciado intencionalmente a la demandante para que cambiara su posición para peor en la confianza de ser pagado el pagaré a su vencimiento, sería sumamente inequitativo permitir que el librador, o su albacea, se oponga al pago por el hecho de que la promesa se hizo sin consideración. (*Feinberg v. Pfeiffer Company,* último fundamento de derecho).

Como vemos, este caso se resolvió a través del Promissory Estoppel como sustituto o a la alternativa de la consideración.

Si este caso hubiese sido resuelto por la CIC la Corte debería haber valorado si el demandado tuvo o no malicia o falta de buena fe al momento de realizar su promesa. Este extremo es similar al de la teoría del misrepresentation.

Como vemos, la teoría del PE es más eficaz por cuanto permite enfocarse en la confianza y la promesa, y no en la malicia o falta de buena fe, extremo harto difícil de probar.

J. *Goodman v. Dicker*[1717]

En este caso, los demandantes presentaron una demanda por incumplimiento de contrato contra los demandados, quienes ahora apelan el fallo. El fallo ha sido modificado y confirmado. El Sr. Irving B. Yochelson, junto con los Sres. Solomon Grossberg e Isadore Brill, representaron a los apelantes, mientras que el Sr. Harry Sylvester Wender, junto con el Sr. H. Nathaniel Blaustein, representaron a los apelados. Los apelantes son distribuidores locales de Emerson Radio and Phonograph Corporation, y los apelados solicitaron una "franquicia de distribuidor" para vender los productos de Emerson con el conocimiento y aliento de los apelantes.

El tribunal de primera instancia determinó que los apelantes indujeron a los apelados a incurrir en gastos al prepararse para hacer negocios bajo la franquicia, en base a sus declaraciones y conducta. Sin embargo, no se entregaron radios y finalmente se notificó que la franquicia no se otorgaría. El tribunal consideró que, aunque no se había demostrado la existencia de un contrato, los apelantes estaban impedidos de negarlo debido a sus declaraciones y conducta en las que los

[1717] *Goodman v. Dicker*, 83 U.S. App. D.C. 35 169 F.2d 684 (1948).

apelados confiaron y que les causaron perjuicio. Se dictó un fallo por $1500, que cubría los desembolsos en efectivo y las ganancias anticipadas por la venta de treinta radios.

El argumento principal de los apelantes es que no habría surgido ninguna responsabilidad bajo la franquicia de distribuidor, ya que habría sido revocable a voluntad y no habría impuesto ninguna obligación al fabricante de vender ni a los apelados de comprar un número fijo de radios. Sin embargo, el tribunal sostiene que los términos de la franquicia no son relevantes directamente en este caso. El enfoque se centra en la promesa de los apelantes de que se otorgaría una franquicia y se suministrarían radios, en base a lo cual los apelados incurrieron en gastos. El tribunal determina que los apelantes no pueden ahora plantear ninguna defensa que sea incompatible con su garantía de que se otorgaría la franquicia. Se considera justo y equitativo proteger a los apelados que actuaron en su detrimento confiando en la conducta de los apelantes.

El tribunal hace referencia al principio de la prohibición de conducta contradictoria, que impide que una persona decepcione las expectativas en las que otra persona actuó, causando pérdida o daño. El tribunal está de acuerdo con la decisión del tribunal de primera instancia de responsabilizar a los demandados por los gastos incurridos por los apelados al prepararse para hacer negocios bajo la prometida franquicia de distribuidor, que ascienden a $1150. Sin embargo, el tribunal considera que no se debería haber incluido el concepto de $350 por pérdida de ganancias en las radios prometidas en un pedido inicial. La medida adecuada de daños es la pérdida sufrida por los gastos realizados en confianza en la garantía de una franquicia de distribuidor.

Por lo tanto, se confirma el fallo con la modificación de excluir el concepto de pérdida de ganancias.

Como Podemos apreciar, el caso es resuelto a través del promissory estoppel como herramienta para desincentivar injusticias.

Por otra parte, en jurisdicciones que aceptan la CIC, el deber de negociar de buena fe impone un paso adicional de probanza para el demandante. Como la buena fe se presume, el demandante necesariamente tiene que probar la mala fe o la malicia del demandado, con ello, la accion por CIC o RINP se parece a la acción de *misrepresentation* o tergiversación.

K. ***Greiner v. Greiner***[1718]

[1718] *Greiner v. Greiner*, 131 Kan. 760 (1930).

En este caso una madre promete a su hijo Frank Greiner una porción de tierra de 80 acres en una zona determinada de Mitchel County en Kansas, a consecuencia de que el padre de Frank había fallecido y no había dejado nada en el testamento para Frank (y tampoco para el otro hijo, Nicolás al que luego la madre le dio $2,000; pero esa es otra historia porque a Nicolás, Henry, Frank y Kate, solamente el padre les dejó $5 por cabeza). El caso es que Frank, esperanzado en las promesas de su madre Maggie Greiner, decide abandonar su hogar en Logan County, y se muda a Mitchell County junto con su familia a la casa de los 80 acres que su madre le había prometido. Resulta que la madre cambia de opinión y decide no entregar el título de propiedad a Frank. La madre Maggie Greiner demanda a su hijo Frank Greiner pero Frank contrademanda para que se le entregue el título de propiedad de los 80 acres junto con la casa. La Corte dio la razón a Frank y la madre apeló, pero la Corte Suprema de Kansas convalida la decisión de la Corte a quo (de primera instancia).

La Corte revisó este caso en extenso, especialmente la tesis de la parte demandada (la madre Maggie Greiner) que sostenía que Frank no había prometido nada a cambio de la tierra que se le iba a entregar (los 80 acres). La Corte no utilizó la teoría de la consideración para resolver el caso, puesto que a todas luces no existía un intercambio de promesas, o sea no había en *strictu sensu* un contrato clásico de intercambio de prestaciones o contraprestaciones o contrato sinalagmático. La Corte usó la teoría del *promissory estoppel* del Primer Restatement (sección 90 del Primer Restatment) que explica que la promesa que es definida y sustancial induce a un cambio de posiciones en el aceptante es vinculante.

El Juez Burach expresamente sentenció en este caso:

> En este caso, Frank renunció a su hogar en el condado de Logan, se mudó al condado de Mitchell, se estableció allí con su familia en la parcela de ochenta acres, realizó mejoras duraderas y valiosas en ella y realizó otros gastos, confiando en la promesa de su madre; y vivió en la tierra durante casi un año antes de recibir el aviso de desalojo.
>
> No es necesario revisar detalladamente las pruebas contradictorias. Las pruebas convencieron al tribunal de distrito de que la Sra. Greiner debería otorgarle una escritura a Frank. Con base en las pruebas favorables a él y en las inferencias derivables de las pruebas a favor de él, este tribunal no puede decir que sería injusto negarle una escritura y desalojarlo, y no puede decir que un fallo de dinero le brindaría un remedio adecuado. (p. 765)

Asimismo, es importante destacar que la Corte escuchó el testimonio de los otros herederos que fueron testigos de la promesa de Maggie Greiner. El único problema es que al momento de realizar la promesa (darle los 80 acres a Frank) no estaba bien definida la posición o ubicación de dicho terreno, pero después Maggie Greiner se encargó de hacerlo definitivo cuando le puso a disposición el terreno donde Frank construyo su casa, se mudó con toda su familia al Condado Mitchel, hizo reparaciones de la propiedad y luego solicitó que el título de propiedad le sea entregado. La Corte falló a favor de Frank, disponiendo que Maggie Greiner tenga que otorgarle el título.

Este caso se resolvió mediante el Promissory Estoppel, contando con el remedio del "specific performance" (ejecución forzosa). En la CIC, solamente existe el resarcimiento o la indemnización del interés negativo, mas no la ejecución forzosa. Con ello, el resultado del PE resulta ser más justo que el de la CIC (RINP).

Por su parte, la teoría del RINP no podría entrar a tallar porque en el caso Greiner no existió una negociación o una ruptura injustificada de negociaciones de mala fe, o con malicia. Existe una ruptura del cumplimiento de la promesa, por parte de Maggie Greiner, pero no hubo una ruptura de negociaciones preliminares de mala fe o deslealtad, o por lo menos el caso no presenta esta evidencia.

L. *Grouse v Group Health Plan, Inc.*[1719]

En este caso el demandante Grouse, un farmacéutico que trabajaba para Richter Drug en Minneapolis en 1974, entró en negociaciones con el demandado Group Health Plan, Inc. para ocupar un puesto con ellos. Específicamente, Grouse habló con Cyrus Elliot, jefe de los farmacéuticos, quien le prometió el trabajo. Grouse informó a Elliot que necesitaría dar un aviso de dos semanas a su empleador actual. Mientras tanto, Grouse recibió otra oferta de trabajo de otra compañía (Veteran's Administration Hospital en Virginia), la cual rechazó por respeto a las promesas de Elliot.

Por otro lado, Donald Shoberg, gerente de Group Health Plan, Inc., había hablado con Elliot y le dijo que debía asegurarse de la calidad profesional de Grouse y confirmar las referencias proporcionadas en el currículum vitae de Grouse para corroborar su capacidad. Elliot intentó

[1719] *Grouse v Group Health Plan, Inc*., 306 N.W. 2d 114 (Minn. 1981).

llamar a las referencias brindadas por Grouse en su solicitud, pero no obtuvo respuesta y no contactó a Grouse para obtener otras referencias. Al final, Group Health Plan contrató a otra persona para el puesto, y cuando Grouse (que ya había renunciado a su trabajo actual y estaba listo para comenzar a trabajar para Group Health) se quedó sin nada porque Group Health rechazó su candidatura.

Como era de esperar, Grouse experimentó una pérdida de ingresos económicos ya que su empleador anterior no estaba dispuesto a aceptarlo de nuevo una vez que había renunciado, y a esa altura no podía aceptar el trabajo en el Hospital de Veteranos en Virginia (que también había rechazado Grouse debido a las promesas de Group Health). Grouse demanda a Group Health, y el juez de primera instancia rechaza su demanda, pero la Corte de Apelaciones revierte la decisión y la declara a favor de Grouse, devolviendo el caso al tribunal para determinar la cantidad de daños.

La Corte de Apelaciones (*Grouse v Group Health Plan, Inc*.) lo expresó en su dictamen:

> En nuestra opinión, el principio del derecho contractual aplicable aquí es el *promissory estoppel*. Su efecto es implicar un contrato de derecho donde no existe de hecho. *Del Hayes Sons, Inc. v Mitchell*, 304 Minn. 275, 230 N.W.2d 588 (1975). Sobre estos hechos no existe ningún contrato porque debido al poder bilateral de rescisión ninguna de las partes está comprometida con el cumplimiento y las promesas son, por lo tanto, ilusorias. Los elementos del *estoppel promisorio* se establecen en Restatement de contratos § 90 (1932):
>
> Una promesa que el promitente debería esperar razonablemente que induzca a la acción o inacción por parte del prometido y que induzca tal acción o inacción es vinculante si la injusticia puede evitarse únicamente mediante la ejecución de la promesa.
>
> *Group Health* sabía que para aceptar su oferta *Grouse* tendría que renunciar a su empleo en *Richter Drug*. *Grouse* notificó rápidamente a *Richter Drug* e informó a *Group Health* que lo había hecho cuando Elliott se lo pidió específicamente. En estas circunstancias, sería injusto no hacer que *Group Health* cumpla su promesa…
>
> Cuando se hace cumplir una promesa de conformidad con la sección 90, "el recurso otorgado por incumplimiento puede limitarse según lo requiera la justicia". El alivio puede limitarse a daños medidos por la confianza del prometido.
>
> La conclusión a la que llegamos no implica que un empleador será responsable siempre que despida a un empleado cuyo período de empleo sea a voluntad. Lo que sí sostenemos es que, según los hechos de este caso, el apelante tenía derecho a asumir que se le daría una oportunidad de buena fe para desempeñar sus funciones a satisfacción del demandado una vez que estuviera en el trabajo. No solo se le negó esa oportunidad, sino que renunció al cargo que ya ocupaba basándose en la oferta firme que le presentó el demandado. Dado que, como señala el demandado, el posible empleo podría haber sido rescindido en cualquier momento, la medida de los daños no es tanto lo que habría ganado del demandado como lo

> que perdió al dejar el trabajo que tenía y rechazar al menos otra oferta de empleo en otro lugar. (pp. 116)

Como podemos observar, el caso *Grouse* se resuelve en base al artículo 90 del Primer Restatement (1932), ya que el Segundo Restatement data de 1981. Sin embargo, la filosofía del Promissory Estoppel (PE) es evitar que se materialice una injusticia, la cual se percibió en este caso debido a la pérdida salarial y las oportunidades que Elliot rechazó en confianza en las promesas de *Grouse*.

En el caso *Grouse*, no fue necesario recurrir a la teoría de responsabilidad extracontractual como lo hizo el caso de la Guardia Civil, que se basó en el incumplimiento de un deber de negociación leal y honesta. El PE resuelve este asunto a través de la teoría de la confianza detrimental, donde el demandante sufre daños al actuar confiando en las representaciones o promesas del demandado. La buena fe está intrínsecamente ligada al concepto del PE, que busca evitar injusticias sin imponer una norma de conducta (negociar de buena fe) que se presume y cuya carga de la prueba (mala fe o malicia del demandado) resultaría gravosa para el demandante. En consecuencia, el PE resulta ser más coherente y eficaz.

Ahora bien, si la CIC resolvería este caso, se podría argumentar (y demostrar) que Group Health Plan, Inc. cometió *culpa in contrahendo* al no cumplir con la promesa de ofrecerle el trabajo después de que renunciara a su empleo anterior. Se podría sostener que Group Health Plan, Inc. tenía la obligación de actuar de buena fe (la misma que se presume, pero cuya mala fe debe probarse) y llevar a cabo las verificaciones necesarias sobre la capacidad profesional de Grouse antes de hacerle la promesa de contratación. Al no realizar estas verificaciones de manera adecuada, Group Health Plan, Inc. habría incumplido su deber precontractual de negociar de buena fe (extremo que require probanza), lo que provocó un perjuicio económico para Grouse al perder su empleo anterior y rechazar otras ofertas de trabajo.

M. *Hoffman v. Red Owl Store, Inc.*[1720]

Acción entablada por Joseph Hoffman (en adelante, "Hoffman") y su esposa, demandantes, contra los demandados Red Owl Stores, Inc. (en adelante, "Red Owl") y Edward Lukowitz.

[1720] *Hoffman v. Red Owl Store, Inc.*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965).

La demanda alegaba que Lukowitz, como agente de Red Owl, representó y acordó con los demandantes que Red Owl construiría un edificio de tienda en Chilton y lo abastecería con mercancía para que Hoffman lo operara, a cambio de lo cual los demandantes invertirían una suma total de 18,000 dólares; que confiando en el acuerdo y las representaciones mencionadas anteriormente, los demandantes vendieron su edificio y negocio de panadería y su tienda de comestibles y negocio; también confiando en el acuerdo y las representaciones, Hoffman compró el terreno en Chilton y alquiló una residencia para él y su familia en Chilton; las acciones de los demandantes basadas en las representaciones y el acuerdo interrumpieron su vida personal y comercial; los demandantes perdieron cantidades sustanciales de ingresos y gastaron grandes sumas de dinero en gastos. Los demandantes exigieron el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento de las representaciones y acuerdos de los demandados.

La acción fue juzgada por un tribunal y un jurado. Los hechos aquí mencionados se tomaron de las pruebas presentadas en el juicio. Cuando hubo conflicto en las pruebas, se aceptó la versión favorable a los demandantes, ya que el veredicto fue a favor de los demandantes.

Después de tres meses de operar esta tienda en Wautoma, los representantes de Red Owl vinieron a hacer un inventario y revisar las operaciones, y encontraron que la tienda estaba operando con ganancias. Lukowitz aconsejó a Hoffman que vendiera la tienda a su gerente y le aseguró que Red Owl le encontraría una tienda más grande en otro lugar. Actuando según este consejo y esta garantía, Hoffman vendió los inventarios y las instalaciones a su gerente el 6 de junio de 1961. Hoffman estaba renuente a vender en ese momento porque significaba perder el negocio de turistas durante el verano, pero vendió con la garantía de que estaría operando en una nueva ubicación en otoño y que debía vender esta tienda si quería una más grande. Antes de vender, Hoffman le dijo a los representantes de Red Owl que tenía $18,000 para “establecerse en el negocio”, y ellos le aseguraron que no habría problemas para establecerlo en una operación más grande. La composición de los $18,000 no se discutió; se entendía que el suegro del demandante aportaría parte de ellos. Para junio de 1961, las ciudades para la nueva tienda de comestibles se habían reducido a dos, Kewaunee y Chilton. En Kewaunee, Red Owl tenía una opción sobre un terreno para construir. En Chilton, Red Owl no tenía nada bajo opción, pero seleccionó un terreno al que el demandante obtuvo una opción por sugerencia de Red Owl. La opción estipulaba un

precio de compra de $6,000, con $1,000 a pagar al momento de ejercer la opción y el saldo a pagar en treinta días. Con la seguridad de que todo estaba listo, el demandante pagó $1,000 como anticipo por el terreno el 15 de septiembre.

El 27 de septiembre de 1961, el demandante se reunió en Chilton con Lukowitz, el Sr. Reymund y el Sr. Carlson de la oficina central, quienes prepararon un estado financiero proyectado. Parte de los fondos que los demandantes debían proporcionar como inversión en la empresa se obtendrían mediante la venta del edificio de panadería en Wautoma.

Sobre la base de esta reunión, Lukowitz aseguró a Hoffman: "... Todo está listo. Reúna su dinero y estamos listos". Poco después de esta reunión, Lukowitz les dijo a los demandantes que tenían que vender su negocio de panadería y el edificio de la panadería, y que retener esta propiedad era el único "problema" en todo el plan. El 6 de noviembre de 1961, los demandantes vendieron su edificio de panadería por $10,000. Hoffman debía conservar el equipo de panadería, ya que tenía la intención de utilizarlo para operar una panadería en conexión con su tienda de Red Owl. Después de vender la panadería, Hoffman encontró empleo en el turno de noche en una panadería en Appleton.

El expediente contiene diferentes exhibiciones que fueron preparadas en septiembre y octubre, algunas de las cuales eran proyecciones de la operación fiscal del negocio y otras eran propuestas de planos de construcción y distribución de pisos. Red Owl debía conseguir a un tercero para comprar el lote de Chilton a Hoffman, construir el edificio y luego arrendarlo a Hoffman. Nunca se elaboraron planes finales, ni se lanzaron ofertas ni se firmó un contrato de construcción. Antes del 20 de noviembre de 1961, Hoffman y Lukowitz acordaron ciertos términos del arrendamiento bajo el cual Hoffman alquilaría el edificio. El arrendamiento sería por diez años con un alquiler aproximado de $550 al mes, calculado sobre la base del 1 por ciento mensual del costo del edificio, más el 6 por ciento del costo del terreno dividido mensualmente. Al final del plazo de diez años, tendría la opción de renovar el arrendamiento por un período adicional de diez años o de comprar la propiedad a costo en cuotas. No se discutió qué serían las cuotas ni en cuanto a las reparaciones y el mantenimiento.

El 22 o 23 de noviembre, Lukowitz y los demandantes se reunieron en Minneapolis con el gerente de crédito de Red Owl para discutir la situación financiera de Hoffman y la financiación del negocio. Se elaboró otra proyección de estado financiero titulada "Financiamiento Propuesto para una Tienda de Agencia". Esta mostraba que Hoffman contribuiría con $24,100 de capital en efectivo, de los cuales solo $4,600 serían en efectivo poseído por los demandantes. Se obtendrían $8,000 como préstamo de un banco en Chilton, respaldado por una hipoteca sobre los accesorios de la panadería, $7,500 se obtendrían como préstamo del suegro al 5 por ciento, y $4,000 se obtendrían mediante la venta del lote al arrendador con una ganancia.

Una o dos semanas después de la reunión en Minneapolis, Lukowitz mostró a Hoffman un telegrama de la oficina central que decía que si el demandante pudiera conseguir otros $2,000 para fines promocionales, el trato podría llevarse a cabo por $26,000. Hoffman dijo que tendría que averiguar si podía obtener otros $2,000. Se reunió con su suegro, quien aceptó aportar $13,000 al negocio siempre y cuando pudiera participar como socio. Lukowitz le dijo a Hoffman que el acuerdo de sociedad "suena bien" y que Hoffman no debería entrar en el acuerdo de sociedad con la "oficina principal". El 16 de enero de 1962, el gerente de crédito de Red Owl envió un teletipo a Lukowitz informándole que el suegro tendría que firmar un acuerdo en el que los $13,000 fueran considerados como un regalo o un préstamo subordinado a todos los acreedores generales, y que él prepararía el acuerdo.

Este cambio de planes que no esperaba Hoffman estuvo motivado porque los directivos de Red Owl vieron un cambio en el score del crédito de Hoffman, a raíz del préstamo que se hizo para abrir la panadería y por ello pidieron a Hoffman que su suegro realice un regalo de fondos.

Esta alteración de posiciones precipitó el colapso. La Corte valoró este caso y sentenció que desde 1933, la aproximación más cercana que ese tribunal hizo para adoptar la regla del Restatement ocurrió en el caso *Lazarus v. American Motors Corp*. (1963), 21 Wis.2d 76, 85, 123 N.W.2d 548, en el que el tribunal declaró: "Reconocemos que, en diferentes circunstancias, sería posible que un vendedor de acero hubiera alterado su posición de manera que se efectuaran las consideraciones equitativas inherentes a la sección 90 del Restatement".

Por su parte, el Juez Parnell opinó en este caso (*Hoffman v. Red Owl Store, Inc*[1721]) con respecto a la teoría que podría usarse para validar el resarcimiento peticionado por el demandante:

> De entre los otros remedios considerados, parecía ser el más comparable el de una acción por fraude y engaño. Sin embargo, una acción legal por fraude no puede fundamentarse en promesas incumplidas a menos que el promisor tuviera la intención actual de no cumplir... Aquí no hay evidencia que respalde la conclusión de que Lukowitz hizo alguna de las promesas, en las cuales se basa la queja de los demandantes, de mala fe con la intención actual de que no fueran cumplidas por *Red Owl*. (p. 695)

Aunque no era necesario adoptar la regla del *promissory estoppel* del Restatement para resolver el caso de Lazarus, nos enfrentamos directamente en el presente caso con ese problema. No solo el tribunal de primera instancia formuló el veredicto especial sobre la teoría de la sección 90 del Restatement (PE), sino que no se ha presentado ni se ha descubierto ninguna otra teoría posible que permita a los demandantes recuperar.

Entre otros remedios considerados, el de una acción por fraude y engaño parecía ser el más comparable. Sin embargo, una acción legal por fraude no se puede basar en promesas incumplidas a menos que el promisor tuviera la intención actual de no cumplir. Aquí no hay evidencia que respalde una conclusión de que Lukowitz hizo alguna de las promesas en las que se basa la demanda de los demandantes de mala fe con la intención actual de que *Red Owl* no las cumpliría.

Debido a que consideramos que la doctrina del *promissory estoppel*, tal como se establece en la sección 90 del Restatement, es una herramienta necesaria que los tribunales pueden emplear en un caso adecuado para evitar la injusticia, la respaldamos y la adoptamos.

El expediente aquí revela varias promesas y garantías dadas a Hoffman por Lukowitz en nombre de *Red Owl*, en las que los demandantes confiaron y actuaron en detrimento suyo.

El caso Hoffman es importante en la ley de PE. El PE (*promissory estoppel*) es una doctrina legal que permite a una persona demandar por daños si otra persona hace una promesa en la que la persona confía y realiza ciertas acciones en confianza (detrimental) de dicha promesa y luego el promitente rompe la promesa, independientemente si el promisor corta sus promesas de buena o mala fe.

[1721] *Hoffman v. Red Owl Store, Inc.*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965).

Según los elementos de la RINP (Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares) que hemos mencionado en el capítulo III, analicemos cómo se aplicarían a este caso de *Red Owl*:

a). Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares: En este caso, si *Red Owl* rompió las conversaciones o negociaciones sin una justificación válida, se cumpliría este primer elemento.

b). Incumplimiento del deber de negociar de buena fe: Si se puede demostrar que *Red Owl* no cumplió con su deber de negociar de buena fe, es decir, si actuaron de manera engañosa, deshonesta o con mala fe en el proceso de negociación, se cumpliría este elemento.

c). Creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato: Aquí sería necesario demostrar que *Red Owl* generó en la otra parte (los demandantes) una confianza razonable de que el contrato se llevaría a cabo. Esto podría basarse en promesas, representaciones o actos por parte de *Red Owl* que hicieron que los demandantes confiaran en la conclusión del contrato.

d). Generación de un daño en el patrimonio de la parte inocente: Si como resultado de la ruptura de las negociaciones por parte de *Red Owl*, los demandantes sufrieron un daño económico o patrimonial, se cumpliría este último elemento.

En función de estos elementos, si los demandantes pudieran demostrar que *Red Owl* incurrió en una ruptura injustificada de las negociaciones, incumplió el deber de negociar de buena fe, generó una razonable confianza en la conclusión del contrato por parte de los demandantes y causó un daño en el patrimonio de los demandantes, entonces podrían argumentar que se cumple la RINP en este caso.

En el Civil Law, tenemos un caso curioso que se verá en el appendix III, se trata del caso Vizcaya en España, donde la Corte no se detiene en valorar si hubo buena o mala fe en la parte promisoria del demandado, y obtuvo resultados similares a los de *Red Owl*. Esto demuestra, que la teoría de la CIC-RINP, es más ineficaz e injusta que la PE.

Si el RINP (hija de la CIC) hubiera resuelto este caso hubiera exigido que el caso se ventile dentro de los entresijos de la responsabilidad aquiliana (extracontractual). Es decir, como parte de la responsabilidad aquiliana, el demandante debe demostrar que el demandado tenía una obligación de negociar de buena fe (para los otros tipos de responsabilidad aquiliana se exige el quebrantamiento de un deber de cuidado, o de informar). Con ello, este paso probatorio y evidenciario extra hace que la demanda sea onerosa y poco efectiva. Como vemos en el caso bajo análisis, la misma Corte rehusó analizar el caso bajo la lupa de la buena fe, por cuanto opinó que no existía evidencia para determinar si el demandado había actuado de mala fe. Si el RINP se

hubiera encargado de este asunto, entonces el demandado hubiera quedado liberado por cuanto -como la misma corte lo sostiene- no existe evidencia de una actuación maliciosa del demandado.

N. *Jamestown Terminal Elevator, Inc. V Archie Hieb*[1722]

Esta es una apelación presentada por el acusado, Archie Hieb. Hieb apela la sentencia final del tribunal de distrito del condado de Stutsman que otorga daños a Jamestown Terminal Elevator, Inc., una corporación (en adelante Terminal), por incumplimiento de un contrato de entrega de granos; y apela la orden que niega la moción de fallo no obstante el veredicto o, en su defecto, un nuevo juicio. El asunto fue juzgado ante un jurado a quien el juez del juicio presentó veredictos especiales.

Esta acción surgió como resultado de varias conversaciones telefónicas entre Hieb y representantes de Terminal alrededor del 3 de julio de 1973. Terminal alega que Hieb acordó vender 10,000 alqueires de trigo duro de ámbar No. 1 a $2.65 por alqueire y entregarlo "en un par de semanas". Terminal también alega que el mismo día en que Terminal "compró" los granos de Hieb, el elevador inmediatamente revendió 10,000 alqueires de trigo duro a través del agente de comisión de Terminal en Minneapolis, Minnesota, para su entrega el 31 de agosto de 1973.

Hieb, por el contrario, alega que no se llegó a un acuerdo entre las partes el 3 de julio de 1973. Asegura que todo lo que sucedió fue una oferta verbal por parte de Terminal para comprar 10,000 alqueires de trigo duro a $2.65 por alqueire, dicha oferta debía ser aceptada por Hieb al firmar un contrato escrito con Terminal que especificara la cantidad de granos, el precio y la fecha de entrega.

Cuando Hieb no entregó los 10,000 alquileres de granos en las dos semanas siguientes, Donald DeMersseman, gerente de Terminal, se puso en contacto con Hieb en su granja el 19 de julio de 1973, para determinar cuándo se entregarían los granos. El Sr. DeMersseman declaró que Hieb respondió a su pregunta sobre la entrega de los granos diciendo que "debería esperar hasta que el precio bajara". Hieb niega haber dado tal respuesta, alegando que respondió a la pregunta de Mr. DeMersseman diciendo que "no tenía ningún grano para él".

[1722] *Jamestown Terminal Elevator, Inc. V Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976).

El 14 de agosto de 1973, Terminal, a través de su abogado, envió a Hieb una carta certificada exigiendo la entrega de los granos para el 31 de agosto de 1973. Los representantes de Terminal afirman que siempre esperaban que Hieb cumpliera con su acuerdo y entregara los granos para el 31 de agosto de 1973. Cuando Hieb no entregó los granos el 31 de agosto, Terminal ingresó al mercado abierto para "cubrir" el 4 de septiembre de 1973, el primer día de mercado después del 31 de agosto de 1973. El precio en el mercado abierto el 4 de septiembre fue de $6.75 por alqueire,

La revisión del expediente revela que existen pruebas sólidas que respaldan el veredicto del jurado de que Hieb acordó vender granos a Terminal. La evidencia incluye testimonios de los gerentes de Terminal, registros comerciales de Terminal, documentación de la reventa del trigo por parte de un agente de Terminal y el testimonio de un granjero jubilado. Por lo tanto, el tribunal está obligado a aceptar el veredicto del jurado.

En cuanto al segundo tema planteado por Hieb, se argumenta que no se puede considerar la existencia de un contrato debido a que no se acordó una fecha de entrega. Sin embargo, las leyes aplicables establecen que un contrato de venta no falla por falta de precisión si las partes han tenido la intención de celebrar un contrato y hay una base razonablemente cierta para otorgar un remedio adecuado. Además, se establece que, en ausencia de disposiciones específicas sobre el tiempo, se considerará un tiempo razonable. En base a estas disposiciones legales, se concluye que el tribunal no cometió un error al no conceder la moción de veredicto dirigido de Hieb.

En resumen, se confirma el veredicto del jurado basado en las pruebas presentadas y se rechaza la alegación de que no existía un contrato debido a la falta de una fecha de entrega acordada.

> Una parte importante de la sentencia es el pensamiento del Juez Paulsen quien opinó[1723]:
> Cabe señalar que este estatuto hace que un contrato verbal para la venta de bienes en exceso de $500 'no sea ejecutable', en lugar de 'nulo' o 'anulable'. (p. 740)
> Si el principio de estoppel se aplica de manera demasiado amplia, lograría una derogación completa del Estatuto de Fraudes y estoppel puede convertirse en la herramienta para lograr el fraude. Por el contrario, una aplicación demasiado restringida del principio de estoppel

[1723] *Jamestown Terminal Elevator, Inc. V Archie Hieb*, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976).

> puede permitir que el Estatuto de Fraudes sea la herramienta para lograr el fraude. (p. 741)[1724].

Este es un ejemplo concreto de cómo el derecho normativo (estatuto de fraudes) es vencido por la aplicación del principio de la equidad en la figura del *promissory estoppel*, y cómo la figura de la consideración no jugó un papel preponderante para invalidar o nulificar la transacción. De esta forma queda demostrado con este ejemplo que la consideración no es un principio absoluto, y que la equidad pudo resolver este asunto para prevenir una injusticia, usando herramientas como el *Promissory estoppel*.

Por otra parte, el Juez Paulsen en este caso piensa que no era necesario determinar si hubo o no mala fe o malicia por parte de Hieb, ya que el promissory estoppel podía resolver este asunto sin necesidad de recurrir al estado mental de Hieb:

> En el caso actual, Hieb transmitió la implicación a Terminal de que la venta estaba completa, sabiendo que Terminal inmediatamente revendería el trigo duro; y Terminal no tenía forma de determinar las verdaderas intenciones de Hieb en el momento en que Terminal tuvo que confiar en la representación de Hieb para asegurar el precio que Terminal le había prometido pagar por su trigo duro. Además, el abogado de Hieb admitió en la argumentación oral ante este tribunal que los elementos necesarios para aplicar la doctrina del *promissory estoppel* existían en el presente caso. Por lo tanto, no determinaremos si la conducta de Hieb habría respaldado un hallazgo de fraude, representación positiva o conducta deshonesta, como lo hizo el tribunal de primera instancia en Cole, supra, 239 N.W.2d 808, y que fue la base de esa decisión. La moción para un fallo dirigido fue denegada correctamente. (pp. 741-742).

Entonces, si el RINP hubiera resuelto este caso, necesariamente el Juez Paulsen tendría que haber realizado un paso adicional, cual es el de determinar si hubo mala fe o malicia en la actuación de Hieb. El mismo Juez Paulsen rehusó realizar esta determinación por cuanto la considera innecesaria, ya que simplemente con los elementos prodigados por el PE pudo evitar una injusticia y llegar a un resultado equitativo. Sin embargo, en el RINP (hija de la CIC) el Juez Paulsen necesariamente debería haber dado un paso adicional. Con ello, la teoría del PE representa una figura más simple y eficaz que la del RINP.

De esta forma, el RINP se presenta como una figura poco efectiva porque impone una obligación adicional que la hace impráctica, y por ende se impone a sí misma la trampa probatoria

[1724] Citando la misma Corte a otro de sus casos: *Farmers Cooperative Ass'n of Churchs Ferry v. Cole*, 239 N.W.2d 808, 812 (N.D. 1976).

que finalmente se presenta como un "disparo en el pie" o como "ponerse la soga al cuello" impidiendo que el RINP consiga el objetivo justiciero que anhela.

O. *Janke Construction Co., Inc. V. Vulcan Materials, Co.*[1725]

En esta acción, el contratista general demandante acusa al productor de materiales de construcción demandado de incumplimiento de contrato. El demandante afirma que el demandado acordó suministrar tuberías y accesorios para un proyecto de construcción marina en la Universidad de Wisconsin en Milwaukee. El demandado garantizó que los productos cumplirían con las especificaciones requeridas, lo cual el demandante confió al presentar su oferta y obtener el contrato. Sin embargo, posteriormente, el demandado propuso suministrar materiales que no cumplían con las especificaciones, lo que llevó al rechazo de los mismos por parte de los ingenieros del proyecto. El demandante se vio obligado a comprar los materiales específicos a otro proveedor a un costo más alto, sufriendo pérdidas económicas significativas.

El demandante es una corporación de Wisconsin dedicada a la construcción y el demandado es una corporación de Nueva Jersey con operaciones en varios estados. Ambas partes estuvieron involucradas en un proceso de licitación para un proyecto de construcción marina en la Universidad de Wisconsin. El demandante confió en las cotizaciones de precios proporcionadas por el demandado al presentar su oferta, pero posteriormente descubrió que los materiales propuestos no cumplían con las especificaciones requeridas.

El caso se centra en determinar si hubo incumplimiento de contrato por parte del demandado y si el demandante sufrió daños económicos como resultado.

El registro no indica la fecha en que el demandante descubrió que el demandado ofrecía suministrar tubería C302 en lugar de la tubería especificada en las especificaciones. Sin embargo, entre el 10 de marzo y el 23 de marzo, James Janke se reunió tres veces en Milwaukee y Madison con los ingenieros del Estado de Wisconsin, un representante de la Universidad, Alex Barry, y Art Littva del departamento de ingeniería de Vulcan, en un esfuerzo por persuadir al Estado de aceptar la tubería C302. Littva luego envió a Janke especificaciones y planos que mostraban el uso de la tubería C302 en el proyecto marino, y solicitó a Janke que los presentara bajo la cláusula "o

[1725] *Janke Construction Co., Inc. V. Vulcan Materials, Co*., 386 F. Supp. 687 (W.D. Wis. 1974).

equivalente". Los planos fueron presentados según lo solicitado y fueron rechazados por los ingenieros consultores del Estado por no estar aprobados.

En respuesta a la pregunta de James Janke sobre por qué la tubería no cumplía con las especificaciones, los ingenieros declararon que la tubería no era AWWA C300 o C301 como se especificaba, no era del tipo de cilindro de acero, no estaba diseñada para una presión interna de 5 psi y no tenía una resistencia a la flexión igual a la tubería especificada.

Posteriormente, los ingenieros solicitaron a Janke que presentara planos utilizando condiciones de diseño y materiales especificados, afirmando que el tiempo era crucial para la finalización del proyecto. Esto obligó al demandante a comprar la tubería especificada a Interpace a un costo de $197,093.50, lo que representaba $39,942.40 más que los $157,101.10 que habría pagado por la tubería de Vulcan de acuerdo con la cotización de este último. James Janke consideró que $150 a $200 por día era el valor razonable y justo de su tiempo invertido en asistir a las reuniones en Madison y Milwaukee con los ingenieros estatales sobre la tubería de Vulcan.

El registro revela que el proyecto de la Universidad de Wisconsin-Milwaukee se abrió por primera vez para licitación el 21 de mayo de 1969, pero en ese momento debía licitarse como una unidad completa. El demandante presentó una oferta como subcontratista con un contratista principal para la parte marina, utilizando los precios de Vulcan al preparar su oferta. Sin embargo, en ese momento había una disputa entre la Universidad y la Ciudad de Milwaukee sobre si la Universidad debía conectarse al sistema de agua de la Ciudad, y aunque se abrieron las ofertas, el contrato nunca se adjudicó.

La Exhibición 1 del demandado muestra una hoja de cotización escrita a mano dirigida al demandante y fechada el 19 de mayo de 1969, que enumera los precios para la tubería C302 para el proyecto de agua de la Universidad. La Exhibición 2 del demandado muestra una hoja de cotización mecanografiada dirigida al demandante y fechada el 27 de mayo de 1969, seis días después de la apertura de la licitación, que enumera los precios para la tubería C302 para ese mismo proyecto. Sin embargo, no hay evidencia en el expediente, y no se afirma, que estas hojas se hayan enviado alguna vez a Janke.

En este caso, el demandante alega incumplimiento de contrato por parte del demandado al no suministrar los materiales adecuados para el proyecto. Sin embargo, el tribunal determina que no existía una obligación contractual vinculante según el Código Comercial Uniforme. A pesar de esto, el demandante puede buscar alivio basado en la doctrina de la *promissory estoppel*, la cual

establece que una promesa que induce una acción o abstención significativa por parte del destinatario puede ser vinculante si evitaría la injusticia. El tribunal cita el caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc*. donde se adoptó esta doctrina y se concedió indemnización a los demandantes que confiaron en una promesa que finalmente no se cumplió. Aunque el demandante en este caso no fundamentó su reclamo en *promissory estoppel*, los hechos presentados permiten la aplicación de esta doctrina.

Originalmente, la doctrina del *promissory estoppel* se invocaba como sustituto de la contraprestación, lo que hacía que una promesa gratuita fuera exigible como contrato. Si se limitara el *promissory estoppel* solo a aquellas situaciones en las que la promesa que da lugar a la causa de acción debe ser tan precisa en todos los detalles que daría lugar a un contrato si estuviera respaldada por una contraprestación, entonces las promesas instantáneas de los demandados a Hoffman no cumplirían con este requisito. Sin embargo, la sección 90 del Restatement de 1os Contratoss no impone el requisito de que la promesa que da lugar a la causa de acción deba ser tan completa en su alcance como para cumplir con los requisitos de una oferta que se convertiría en contrato si fuera aceptada por el beneficiario.

La doctrina del *promissory estoppel* ha sido extendida en Wisconsin a terceros y se ha considerado aplicable como base para obtener alivio en acciones de empleados para recibir beneficios de pensión. Aunque las autoridades de Wisconsin no han tenido ocasión de considerar la aplicabilidad del *promissory estoppel* en casos de licitación de construcción, la doctrina ha encontrado una aceptación creciente en otras jurisdicciones como base para una causa de acción en litigios relacionados con licitaciones de construcción.

Bajo las pautas establecidas en *Hoffman*, si el demandante pretende prevalecer en una acción bajo la sección 90 del Restatement, debe demostrar que el demandado hizo una promesa definida con la expectativa razonable de que induciría una acción de carácter definido y sustancial por parte del demandante; que el demandante actuó confiando justificadamente en la promesa en detrimento propio; y que solo se puede evitar la injusticia mediante el cumplimiento de la promesa.

Se plantea una pregunta: ¿Puede la Ley de Fraudes, invocada por el demandado como defensa en el contexto de la reclamación contractual del demandante, ser utilizada como defensa ante una reclamación de daños basada en la teoría de la *promissory estoppel*?

El tema no ha sido planteado en los tribunales de Wisconsin y existe una discrepancia de opiniones en otras jurisdicciones donde se ha considerado esta cuestión.

En Wisconsin, la Ley de Fraudes se establece en la sección 402.201 de las Estatutos de Wisconsin[1726], que establece que un contrato de venta de bienes por un precio de $500 o más no es exigible mediante acción o defensa a menos que exista algún escrito que indique que se ha celebrado un contrato de venta entre las partes y que esté firmado por la parte contra la cual se solicita la ejecución o por su agente o intermediario autorizado. Un escrito no es insuficiente por omitir o declarar incorrectamente un término acordado, pero el contrato no es exigible más allá de la cantidad de bienes indicada en dicho escrito.

Algunos estados, como Nueva York, han sostenido que la promesa en detrimento no se aplica cuando el contrato oral está sujeto a la Ley de Fraudes, excepto en casos que involucren donaciones caritativas. En otras jurisdicciones, se ha sostenido que la defensa de la Ley de Fraudes está excluida cuando se ha producido: (1) una representación falsa de que se han cumplido los requisitos de la ley, (2) una promesa de elaborar un memorando en la que también se haya confiado por parte del beneficiario de la promesa, o (3) una promesa subsidiaria de no invocar la ley como defensa.

Algunas jurisdicciones, reconociendo que la doctrina de la promesa en detrimento se basa fundamentalmente en los principios de la equidad y el fraude, se muestran renuentes a denegar el resarcimiento cuando se invoca la Ley de Fraudes como defensa y hacen cumplir una promesa oral que de otra manera estaría sujeta a la ley. En estos casos, se argumenta que la aplicación de la Ley de Fraudes sería perjudicial e injusta.

En el caso en cuestión, el tribunal determina que la Ley de Fraudes no es aplicable a una acción basada en la *promissory estoppel*. Se sostiene que permitir al demandado invocar la Ley de Fraudes como defensa para evitar la ejecución de una promesa que es exigible conforme a la

[1726] Wis. Stat. § 402.201: "(1) A menos que se disponga lo contrario en esta sección, un contrato de venta de bienes por un precio de $500 o más no es exigible mediante acción o defensa a menos que exista algún escrito que indique que se ha celebrado un contrato de venta entre las partes y que esté firmado por la parte contra la cual se busca hacer cumplir o por el agente o corredor autorizado de la parte. Un escrito no es insuficiente porque omita o declare incorrectamente un término acordado, pero el contrato no es exigible según esta subsección más allá de la cantidad de bienes indicada en dicho escrito.
(2) Entre comerciantes, si dentro de un plazo razonable se recibe un escrito de confirmación del contrato que sea suficiente contra el remitente y la parte que lo recibe tiene motivos para conocer su contenido, se cumplen los requisitos de la subsección (1) contra dicha parte a menos que se presente una objeción escrita a su contenido dentro de los 10 días posteriores a su recepción."

Sección 90 del Restatement (Second) of Contracts iría en contra del espíritu e intención de la doctrina de la *promissory estoppel*.

En cuanto a los daños reclamados por el demandante, se establece que en los casos de *promissory estoppel*, los daños deben ser los necesarios para evitar la injusticia. Por lo tanto, se otorga al demandante una suma de $39,942.40 como indemnización, que representa la diferencia entre lo que se habría pagado por el tubo según la oferta del demandado y el costo real para el demandante al adquirirlo de Interpace.

Como vemos, el Promissory Estoppel se impuso como sustituto de la consideración y herramienta para evitar una injusticia, pese a que el demandado insistió en la prevalencia del Estatuto de Fraudes que imponía que este tipo de contratos debían de ser escritos y no orales.

Si la CIC (RINP específicamente) habría resuelto este caso, necesariamente la Corte debería de estudiar si el demandado actuó con malicia o mala fe. En el presente caso falta evidencia para llegar a este tipo de conclusión. En este caso, si se alega culpa in contrahendo, se podría haber argumentado lo siguiente:

1.- Deber de información: El demandante podría haber afirmado que el demandado tenía el deber de proporcionar información precisa y completa sobre los materiales que iba a suministrar. Si el demandado hizo declaraciones incorrectas o engañosas durante las negociaciones o proporcionó información inexacta sobre las especificaciones de los materiales, podría argumentarse que incurrió en una culpa in contrahendo al no cumplir con su deber de proporcionar información precisa y completa.

2.- Deber de negociar de buena fe: Ambas partes en una negociación tienen el deber de negociar de buena fe y no realizar acciones que obstaculicen o perjudiquen indebidamente a la otra parte. Si el demandante puede demostrar que el demandado actuó de manera deshonesta, engañosa o maliciosa durante las negociaciones, podría argumentarse que incurrió en una *culpa in contrahendo* al no cumplir con su deber de negociar de buena fe.

3.- Deber de no causar daños: Si el demandante puede demostrar que el demandado, a través de su conducta negligente o engañosa durante las negociaciones, causó daños económicos significativos al demandante, podría alegarse culpa in contrahendo. Esto implicaría argumentar que el demandado incumplió su deber de no causar daños injustificados durante las etapas precontractuales.

Como vemos, en el caso sub judice nos faltan elementos para determinar si existió malicia o mala fe en la divulgación de información incorrecta, o en el incumplimiento de un deber de cuidado o de negociación de buena fe.

P. *Martin v. Meles*[1727]

Los demandados, fabricantes de cuero, firmaron el siguiente acuerdo que también fue firmado por otros nueve fabricantes de cuero:

> Nosotros, los abajo firmantes, fabricantes de cuero, prometemos contribuir con la suma de $500 cada uno, y las sumas adicionales que requiera un comité designado por la Asociación de Fabricantes de Marruecos de Massachusetts; en ningún caso el comité exigirá de ningún fabricante o empresa un total de suscripciones que excedan la suma de $2,000, dicha suma se empleará para gastos legales y de otro tipo bajo la dirección del comité en la defensa y protección de nuestros intereses contra cualquier demanda o juicio surgiendo de Letters Patent for Chrome Tanning, y en caso de juicio contra cualquiera de nosotros, el comité se hará cargo de ello y aplicará la mayor parte del fondo que sea necesario para los gastos del mismo.

Claro, aquí hay un resumen del caso que proporcionó:

En enero de 1896, un grupo de marroquineros firmó un acuerdo para aportar dinero a un fondo que se utilizaría para defender a los marroquineros de demandas relacionadas con el curtido al cromo.

Los demandados, Meles y Auerbach, fueron dos de los fabricantes que firmaron el acuerdo. En noviembre de 1896, la empresa de los demandados se disolvió y los demandados notificaron a los demandantes, el comité designado para supervisar el fondo, que no podrían aportar más dinero.

Los demandantes presentaron una demanda contra los demandados por incumplimiento de contrato. En su defensa, los demandados sostuvieron que su promesa de contribuir financieramente carecía de una contraprestación adecuada. Por su parte, los demandantes alegaron que la contraprestación de la promesa hecha por los demandados era el compromiso del comité de utilizar esos fondos para la defensa de los fabricantes en las demandas presentadas.

El tribunal falló a favor de los demandantes.

[1727] *Martin v. Meles,* 179 Mass. 114 (Mass. 1901).

El tribunal sostuvo que la promesa del comité de utilizar el dinero para defender a los fabricantes de las demandas era una consideración suficiente para la promesa de los demandados de contribuir con dinero. El tribunal también sostuvo que la promesa de los demandados no era completa y que los demandados podían ser considerados responsables por incumplimiento de contrato, aunque no hubieran aportado la cantidad total de dinero que habían prometido.

El caso es significativo porque brinda orientación sobre el tema de la contraprestación en el derecho contractual. La decisión de la corte en este caso muestra que una promesa de usar dinero para un propósito específico puede ser una consideración suficiente para una promesa de contribuir dinero.

En el caso descrito, los demandados se comprometieron a contribuir con una suma de dinero y a permitir que el comité de demandantes utilice esos fondos para cubrir los gastos legales y de defensa. Los demandantes realizaron trabajo y asumieron la defensa de demandas en cumplimiento de ese acuerdo. Sin embargo, cuando los demandantes exigieron el pago restante, los demandados se negaron a cumplir con su compromiso.

Si se determina que los actos realizados por los demandantes y su confianza en la promesa de los demandados constituyen una contraprestación válida, los demandados podrían estar estrechamente vinculados por el principio de promissory estoppel. Esto significa que podrían ser obligados a cumplir con su promesa original, incluso si no hay un contrato formalmente vinculante.[1728]

Por otra parte, en el caso descrito, si se establece que los demandados actuaron de manera negligente o con falta de buena fe durante las negociaciones, podrían ser considerados responsables por "culpa in contrahendo" (RINP). Esto significa que podrían ser responsables de los daños causados a los demandantes como resultado de su conducta inadecuada en las negociaciones. Sin embargo, este paso de probanza es oneroso y dicha teoría es concomitante con la doctrina del misrepresentation del *common law*.

[1728] Corbin refiere que el Juez Holmes "En sus primeras conferencias… expresó la misma idea sobre la "Contraprestación" de una promesa que expresó anteriormente. Jueces y escritores familiarizados con el trabajo de Holmes se han visto influenciados por él para adoptar definiciones similares y formas de expresión. Al mismo tiempo, al igual que Holmes mismo, a menudo consideraron que las promesas eran exigibles debido a la confianza depositada por el beneficiario de la promesa, a veces refiriéndose a la "teoría del estoppel como forma de contraprestación" (Corbin, A. (1952) *Corbin on Contracts*. Minnesota: West Publishing Co., p. 391).

Q. *Oates v. Teamster Affiliates Pension*[1729]

En este caso vemos la interacción de la confianza "reliance" (*detrimental reliance*) con un hecho futuro. Es el caso de Oates, un sindicalista que desde 1945 hasta 1962 formaba parte de "Seafarerers International Union (SIU o Seafarers). Luego Oates estuvo organizando otro sindicato "United Industrial Workers (SIU/UIW) como división de SIU con un número aproximado de 1,200 miembros. Los Seafarers tenían aproximadamente como 69,000 miembros.

Cuando Oates estaba organizando el SIU/UIV, los Seafarers y los Teamsters (otro sindicato) estaban en guerra. En 1961, otro sindicalista James Hoffa, presidente de IBT, se encuentra con Oates y lo convence a que forme otro sindicado de Teamster Local 158. La idea era que Oates llevara los miembros de su antiguo sindicato al nuevo sindicato a formarse, a cambio de que se reconocieran los años anteriores de Oates para el cómputo de su pensión. En una subsecuente reunión entre Hoffa y Oates, el presidente de Teamster prometió a Oates que se le daría crédito por sus años de actividad pasada. Esta promesa fue hecha delante de Raymond Cohen, el contacto que logró la reunión de Oates con Hoffa.

Adicionalmente, en una convención de IBT del 3 de Julio al 7 de Julio de 1961, un delegado le preguntó a Hoffa si el plan de la Unión contemplaba el reconocimiento de los años de servicio anteriores a todos aquellos trabajadores que se afiliaran al nuevo sindicato, y Hoffa dijo que sí. Dicho plan de retiro entró en funcionamiento el 1969.

Confrontado con este dilema, la Corte de Apelaciones utilizó los esquemas del *Promissory Estoppel* para resolver la controversia. No solamente revisa el significado del *Promissory Estoppel*, sino también las situaciones circundantes como que tanto Oates y Hoffa eran sindicalistas y Hoffa tenía interés en que Oates trajera a los miembros de su sindicato al sindicato de Hoffa.

La Corte de Apelaciones razona que si bien es cierto el plan de pensiones no existía cuando las promesas fueron hechas por Hoffa, el detrimento y el *reliance* toman forma cuando el nuevo sindicato se crea. Es decir, cuando una promesa se basa en un hecho futuro, el *detrimental reliance* entra a jugar cuando las acciones sean realizadas.

[1729] *Oates v. Teamsters Affiliates Pension*, 482 F. Supp. 481 (D.D.C. 1979).

De otra parte, si es que hubo una negociación entre Hoffa y Oates, el asunto ahora es entender si este caso pudo haberse resuelto bajo la mirilla de la teoría de la CIC en la figura de la RINP. Si existe la negociación entre Hoffa y Oates, en el que existe un intercambio de promesas: Hoffa promete a Oates reconocerle los años pasados de servicio para el cómputo de su pensión de jubilación, y por otra parte Oates promete traer sus correligionarios del sindicato que estaba formando para unirse al sindicato de Hoffa. Es un intercambio de promesas, pero no hay un contrato aún sino meras negociaciones. Si no existe buena fe como principio rector del ordenamiento precontractual, entonces si Hoffa no cumple lo que prometió a Oates -cuando éste último deja su sindicato para unirse al de Hoffa- entonces Hoffa no estaría obligado a resarcir los daños causados a Oates cuando éste deja su sindicato para unirse al de Hoffa puesto que en las negociaciones cada parte actúa de acuerdo a su interés particular. Si existe una legislación que obligue a las partes a actuar de buena fe durante la negociación, ello significaría que Hoffa estaría actuando de mala fe cuando se retira injustificadamente de las negociaciones preliminares con Oates, quien motivado por las representaciones de Hoffa, abandona su sindicato para unirse al de Hoffa. Como quiera que aún no se ha formado el contrato de mutuas promesas o de servicios, resulta irrelevante que exista o no exista la buena fe como mandato imperativo impuesto por el orden público en las negociaciones preliminares, puesto que la fuerza de la responsabilidad precontractual descansa en un sustituto poderoso de la consideración cual es la confianza de la parte aceptante que experimenta un detrimento económico (interés negativo) que debe ser resarcido. Con ello la figura del PE resulta más eficiente.

R. *Prudential Insurance Co. Of America v. Clark*[1730]

El caso *Prudential Insurance Co. Of America v. Clark*, donde Steve (una persona en busca de un seguro de vida) entra en tratativas con Brumell (representante de la compañía aseguradora Prudential Insurance Comany of America) para comprar un seguro de vida que no tenga exclusiones de cobertura en caso de muerte en campo de batalla. El premio de la póliza era $10,000.00. Posteriormente, Prudential le envió la solicitud a Steve para llenar cierta información. La póliza, sin embargo, nunca fue entregada a Steve porque cuando Brumell recibió la póliza y el

[1730] *Prudential Insurance Co. Of America v. Clark*, 456 F.2d 932 (1972).

requerimiento de información adicional Steve se fue a entrenar a la Marina de California. Es necesario aclarar que Steve dejó su antigua póliza con otro seguro World Life en confianza razonable y detrimental en las representaciones de Prudential por parte de Brumell .

Al próximo año, Steve retorna de Viet Nam en mayo de 1968, y se pone en contacto con Brunell, esta vez tenían que llenar una nueva solicitud, asegurándose de no contener en la póliza la exclusión de riesgo de guerra. Brumel recibe la solicitud y el dinero de Steve y lo manda a la compañía Prudential, junto a una letra de Brumel pidiendo que se excluyera los riesgos de guerra.

El 20 de mayo de 1968, Steve regresa a Viet Nam. La póliza entra en vigencia el 1ro de junio, pero Prudential no hizo honor a la promesa de Brumel en su carta. El 28 de Julio, Steve muere en Viet Nam cuando su helicóptero se choca y se quema. Brumel asistió a los familiares a llenar una solicitud para que Prudential pagara la póliza de los $10,000. Brumel también escribió una carta a Prudential pidiéndoles que pagaran la póliza pese a que el contrato no especificaba que se haya excluido el riesgo de guerra.

Thomas, el Consultor General de estas solicitudes, paga la póliza de los $10,000 a la familia de Steve, y luego declara que realizó este pago debido a un error. El jurado encontró que Prudencial había intencionalmente perdonado esta cláusula de exclusión al pagar dicha póliza a los deudos.

El Juez Distrital rehusó dar crédito al jurado encontrando un intencional perdón de tal exclusión puesto que esa defensa estaba prohibida de acuerdo con un estatuto de Florida.

La Corte de Apelaciones analizó la totalidad de circunstancias y estimó que la regla de Florida no aplicaba para estos asuntos puesto que no había habido una fusión de pólizas, mas sí una aplicación del principio del *Promissory Estoppel* a través del cual Steve experimentó un detrimento confiando en las promesas de Brumell. Si bien es cierto Prudential intentó aplicar la teoría del *Parol Evidence Rule*, la Corte desestimó tal teoría en tanto que la teoría del *Promissory Estoppel* es la que prevaleció, toda vez que Steve cambió de posición al dejar su antigua póliza en detrimento propio basado en las promesas proporcionadas por Brumel de Prudential.

Por otra parte, para que trabaje la teoría del RINP y resuelva este problema bajo la mirilla de la CIC, necesariamente tendría que existir el principio de negociar de buena fe, por medio del cual Prudencial o Brumell estarían prohibidos de cambiar de opinión cuando su promesa haya sido brindada a Steve (en el sentido que iban a reconocer la exclusión de la muerte en casos de guerra); sin embargo, si no existiera esa obligación precontractual, entonces el RINP no funcionaría puesto que la fuerza de la obligación vinculante de Brumell y su obligación resarcitoria reposa en la

confianza que Steve tiene al actuar en su propio detrimento y en confianza de la promesa de Brumell de excluir el riesgo de guerra.

La Corte declaró que la doctrina del Parol Evidence Rule no se abrogaba con esta decisión, por cuanto la representación de Prudential era nueva, y no constituía una oferta oral que modifique un existente contrato escrito, por cuanto el asegurado realizó actividades en su propio detrimento y confiando en las representaciones de Prudential.

Compárese este caso con el otro del Tribunal Supremo Español STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009)[1731] donde la Corte sentenció que la doctrina de la CIC era inaplicable por cuanto el contrato principal no se había ejecutado, entonces no cabía subsidiariamente atender el pedido de la aplicación de la CIC.

S. *Salsbury v. Northwestern Bell Telephone Company*[1732]

John Salsbury (demandante) participó en los esfuerzos para establecer el Charles City College (la universidad). Fue el primer y único presidente de la junta directiva de la universidad. Como parte de la campaña de financiamiento, Peter Bruno, un recaudador de fondos profesional, solicitó una suscripción a la compañía Northwestern Bell Telephone (demandado). El gerente de la oficina del demandado en Charles City era Daryl Winder, quien también participaba activamente en la campaña para recaudar dinero para la universidad. Bruno negoció varias veces con Winder para obtener la suscripción del demandado.

Como solicitante de fondos, a Winder se le proporcionó un conjunto que incluía formularios de suscripción. Winder no tenía autoridad para comprometer al demandado con una suscripción, pero transmitió la solicitud a los superiores en la corporación del demandado. Al parecer, Winder no tenía un formulario de suscripción disponible cuando recibió el consentimiento del demandado para la suscripción. En consecuencia, escribió una carta a Bruno de la siguiente manera (como lo refiere la Corte en *Salsbury v. Northwestern Bell Telephone Company)*:

> Por medio de la presente, le informo que la contribución de Northwestern Bell Telephone Co. al Charles City College ha sido aprobada por el Sr. E.A. McDaniel, Gerente de Distrito de Mason City.

[1731] STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009). En el appendix IV este caso es referido como "Caso Plus Ultra".
[1732] *Salsbury v. Northwestern Bell Telephone Company*, 221 N.W.2d 609 (Iowa 1974).

> La contribución de $15,000 se realizará en un período de tres años, en tres pagos iguales. Nuestro primer pago de $5000 se realizará en 1968.
>
> Nos complace enormemente añadir nuestro nombre a la lista de colaboradores de este destacado proyecto comunitario.
>
> Si puedo ser de mayor ayuda, no dudes en contactarme. (Fundamento de hecho de la sentencia)

Como vemos, el gerente de la oficina, Daryl Winder, negoció la donación con Bruno en nombre del demandado. Winder, quien carecía de autoridad para comprometer a la empresa, envió una carta a Bruno aprobando la contribución de $15,000 a lo largo de tres años. La carta fue tratada como una promesa por parte del colegio y asignada a un proveedor de materiales. El demandante firmó una garantía personal y el proveedor asignó las promesas a diversas entidades, finalmente llegando a un acuerdo con el demandante. El demandante desconocía la existencia de la carta y creía que el demandado estaba obligado de la misma manera que aquellos que firmaron los formularios de promesa.

En este caso, el tribunal de primera instancia determinó que la carta enviada por el demandado constituía una obligación promisoria y formaba la base de responsabilidad contractual. Sin embargo, el demandado impugna esta decisión, argumentando que es inconsistente con el entendimiento de las partes al momento de entregar y recibir la carta. El demandado objetó la introducción de pruebas externas relacionadas con otras suscripciones, alegando que eran irrelevantes y constituyen prueba inadmisible. El demandante admitió que a veces se aceptaban cartas, como la del demandado, en lugar de tarjetas de compromiso y se trataban de la misma manera. No obstante, el tribunal de primera instancia determinó que las obligaciones del demandado se basaban en su propia carta, y no en el contenido de las tarjetas de compromiso. El tribunal excluyó como irrelevante la evidencia de las circunstancias que rodeaban la ejecución de las tarjetas de compromiso. Además, el tribunal de primera instancia encontró específicamente que el demandado nunca había firmado una tarjeta de compromiso y, por lo tanto, cualquier obligación debía basarse únicamente en la carta.

El demandado plantea un argumento separado, alegando que el tribunal de primera instancia no aplicó los principios contractuales fundamentales. Sostiene que hubo falta de contraprestación porque el colegio no cumplió sus obligaciones antes de que vencieran los pagos

estipulados en los términos de la carta. El demandado también afirma que el tribunal de primera instancia debería haber interpretado la carta de la misma manera que una tarjeta de compromiso. Sin embargo, la aplicación de las suscripciones caritativas ha generado un conflicto entre el deseo de hacer cumplir dichas suscripciones y los principios del derecho contractual.

Los tribunales han intentado encontrar bases alternativas para hacer cumplir estas suscripciones, ya que se ha criticado la contraprestación por no ser acorde con la naturaleza de las promesas caritativas. Si bien en casos anteriores se ha encontrado contraprestación en las promesas de otros suscriptores, este enfoque ha sido objeto de críticas por no reflejar la realidad de las suscripciones caritativas, donde las promesas suelen ser donaciones sin referencia a otras suscripciones.

El tribunal en este caso reconoce las críticas sobre la aplicación de la contraprestación ficticia en las suscripciones caritativas, pero muestra proclividad en adoptar el *estoppel promisorio* como el único fundamento para hacer cumplir dichas suscripciones. Sugiere que, si el *estoppel promisorio* se adoptara ampliamente, es probable que se hagan cumplir menos suscripciones que antes. En cambio, el tribunal argumenta a favor de la exigibilidad de las suscripciones caritativas sin contraprestación, pero con confianza perjudicial, así como lo sostiene ad literam (*Salsbury v. Northwestern Bell Telephone Company*):

> El *estoppel* nunca puede surgir a menos que haya habido confianza. *McKeon v. City of Council Bluffs,* 206 Iowa 556, 221 N.W. 351, 62 A.L.R. 1006; *King v. Knudson*, 209 Iowa 1214, 229 N.W. 839; *Holden v. Construction Machinery Company*, 202 N.W.2d 348 (Iowa 1972); 31 C.J.S. (fundamento de derecho)

El tribunal considera que vincular las suscripciones caritativas sin requerir contraprestación es más lógico y está en línea con la política pública, ya que dichas suscripciones a menudo sirven al interés público al permitir proyectos importantes. Si bien algunas campañas de recaudación de fondos pueden no pretender que las suscripciones sean vinculantes, si una suscripción es clara e inequívoca, el suscriptor debe cumplir su palabra. El tribunal confirma la decisión del tribunal de primera instancia.

Como vemos, la Corte resolvió el caso de subscripciones a través de la teoría del promissory estoppel que se basa en atender a la conducta del promisario en confianza detrimental en las representaciones del demandado.

Por su parte, la *culpa in contrahendo*, en el caso concreto, si una de las partes hubiera actuado de manera negligente o engañosa durante las negociaciones contractuales, lo que resultara en daños para la otra parte, podría haberse presentado una reclamación de culpa in contrahendo. Sin embargo, en el texto proporcionado no se detallan los hechos relevantes para determinar si hubo una violación de la obligación de buena fe durante las negociaciones.

T. *Signal Hill Aviation Co. v. Stroppe*[1733],

La empresa Signal Hill Aviation Company, una corporación de California, presentó una demanda buscando daños y medidas equitativas. Los demandados fueron Bill Stroppe, su esposa Helen Stroppe, la Junta de Comisionados de Agua de la Ciudad de Long Beach (en adelante, la Junta) y la Ciudad de Long Beach (en adelante, la Ciudad). La demanda presentó cuatro causas de acción. El demandante buscaba daños punitivos por fraude, además de otras medidas solicitadas. El juicio fue llevado a cabo por el tribunal sin jurado y se otorgó un fallo a favor del demandante.

El demandado Bill Stroppe apeló el fallo. El demandado no impugnó los hallazgos de hecho y las conclusiones de derecho por falta de respaldo probatorio. Sin embargo, para aclarar las argumentaciones altamente técnicas presentadas en la apelación, resumimos brevemente los hallazgos de hecho y las conclusiones de derecho realizadas en la instancia anterior.

La corporación demandante fue creada en agosto de 1973 como una corporación de California para llevar a cabo un negocio de aviación general y alquiler de aeronaves. Los incorporadores fueron el demandado Stroppe, Louis Fuentes y Benson Ford, Jr. Estas personas se convirtieron en los directores, funcionarios y accionistas de la corporación demandante.

El demandado Stroppe había arrendado cierta propiedad en el Aeropuerto de Long Beach a la Junta y a la Ciudad desde 1965. Un incendio dañó esa propiedad en marzo de 1973. Después de la incorporación de la demandante, el demandado Stroppe prometió ceder el arrendamiento a la corporación demandante. Se entendía que la corporación demandante realizaría ciertas reparaciones y mejoras en la propiedad del aeropuerto, llevaría a cabo negocios en la propiedad y

[1733] *Signal Hill Aviation Co. v. Stroppe*, 96 Cal.App.3d 627 (Cal. Ct. App. 1979).

realizaría los pagos de alquiler requeridos por el arrendamiento, así como también gastaría fondos en mantenimiento.

Confiando en la promesa del demandado de cederle el arrendamiento, la corporación demandante se trasladó a las instalaciones del aeropuerto en 1974 y comenzó a realizar los pagos de alquiler, reparaciones y mejoras; la suma de $14,592.55 fue gastada por la corporación demandante. El demandado aseguró repetidamente a Ford y Fuentes su intención de ejecutar una cesión del arrendamiento a favor de la corporación demandante, pero por diferentes razones, retrasó su ejecución efectiva.

El arrendamiento debía renovarse en octubre de 1975. En diciembre de 1974, el demandado inició negociaciones con la Junta respecto a los términos de renovación. En febrero de 1975, la Junta acordó renovar el arrendamiento, sujeto a ciertos requisitos relacionados con la reparación de la propiedad en cuestión. Uno de los elementos que la Junta solicitó fue la instalación de nuevas puertas y rieles correderos para el hangar. La renovación no sólo establecía un plazo que terminaba en 1980, sino que también incluía una opción de renovación que finalizaba en 1985.

El fallo del tribunal se redactó de manera alternativa. En la primera parte, se ordenó al demandado que ejecutara una cesión del arrendamiento a favor del demandante. Además, se le ordenó al demandado que pagara al demandante la suma de $18,690, que constituía la ganancia neta obtenida por el demandado a través de un subarriendo desde el 1 de junio de 1975 hasta el 14 de septiembre de 1977. Además, la ganancia neta de $765 por mes derivada del subarriendo, que se acumularía después del 14 de septiembre de 1977, debía ser pagada al demandante mientras el demandado mantuviera el arrendamiento y no ejecutara la cesión.

Sin embargo, el tribunal reconoció que la Junta y la Ciudad debían aprobar la cesión del demandado al demandante, y que, sin esta aprobación, sería imposible para el demandante obtener el arrendamiento. Por lo tanto, en la segunda parte del fallo, el tribunal determinó que, si esas entidades se negaban a aprobar dicha cesión, se debían pagar $107,487.55 en total al demandante corporativo por parte del demandado. La adjudicación incluía no solo los fondos gastados por el demandante, sino también $75,205 como el ingreso neto proyectado que se acumularía a partir de la propiedad del aeropuerto durante el plazo extendido del arrendamiento.

El demandado ha cumplido al menos en parte con el fallo del tribunal, ejecutando la cesión del arrendamiento al demandante. Sin embargo, su cumplimiento parcial no constituye una renuncia a su apelación completa. Además, el demandado alega que existen discrepancias

sustanciales entre la demanda y las pruebas presentadas en el juicio. Si bien es cierto que la demanda no mencionó específicamente la ruptura del contrato verbal ni la doctrina del *promissory estoppel*, la queja proporcionaba información suficiente para informar al demandado sobre las reclamaciones del demandante y los remedios solicitados. Durante el juicio, el demandado no objetó las discrepancias entre la demanda y las pruebas presentadas, lo que indica su aceptación tácita de dichas discrepancias. El tribunal consideró válidas tanto la aplicación del fideicomiso constructivo basado en la relación fiduciaria del demandado con el demandante, como la *promissory estoppel*. En general, no se observa ninguna injusticia en las decisiones del tribunal.

El demandado argumenta que el tribunal de primera instancia no debió aplicar la doctrina de la *promissory estoppel* debido a que existía un contrato válido entre las partes y no una promesa sin contraprestación. Según el demandado, él hizo la promesa de ceder el arrendamiento a cambio del pago de la renta y la realización de reparaciones y mejoras, y que los beneficios del acuerdo fluían hacia él como promisor. Sin embargo, el tribunal de primera instancia determinó que el demandado había hecho una promesa sin contraprestación y que los beneficios derivados de la conducta del demandante en confianza en la promesa no habrían fluído directamente hacia el demandado. El tribunal consideró que la doctrina de la *promissory estoppel* se aplicaba en este caso y no se vieron afectadas por las limitaciones establecidas en los casos citados por el demandado.

Además, el demandado mismo sostuvo en el juicio que su promesa de ceder el arrendamiento se hizo sin contraprestación y era simplemente un gesto gratuito, que solo se cumpliría si permanecía en la empresa corporativa. Es solo en esta apelación que el demandado argumenta la existencia de un contrato. Según la jurisprudencia, una parte no puede cambiar su posición y adoptar una teoría nueva en apelación, lo cual sería injusto para el tribunal de primera instancia y para la otra parte.

En consecuencia, se rechaza el argumento del demandado de que el incumplimiento del demandante de instalar las puertas del hangar y el riel deslizante excusó al demandado de cumplir con la promesa de ceder el arrendamiento. Incluso si hubiera existido un contrato entre las partes en 1974, una condición surgida de las negociaciones entre la Junta y el demandado en 1975 no habría obligado al demandante a cumplir con la condición para obtener el alivio solicitado.

El demandado afirma que no tenía una relación fiduciaria con el demandante en relación con el arrendamiento, ya que el arrendamiento se creó mucho antes de la incorporación del

demandante, por lo que no podría haber existido un incumplimiento de esa relación. Sin embargo, el tribunal señala que los directores y funcionarios de una corporación actúan en calidad de fiduciarios con respecto a la corporación, según la ley y la jurisprudencia. En este caso, existían evidencias de que el demandado había inducido a la corporación a gastar fondos para mejorar la propiedad del aeropuerto sin la intención de ceder el arrendamiento a la corporación. Luego decidió quedarse con el arrendamiento prometido para sí mismo, lo cual le proporcionó una ventaja personal al obtener mayores ingresos por el alquiler de la propiedad renovada. El tribunal consideró que era apropiado imponer un fideicomiso constructivo como remedio para evitar el enriquecimiento injusto del demandado a expensas del demandante.

En cuanto a la compensación por pérdida de ganancias, el demandado argumenta que el tribunal de primera instancia se equivocó al otorgar al demandante daños por "pérdida de ganancias" (lucro cesante), ya que la doctrina de la *Promissory Estoppel* se limita a los gastos incurridos por el promisario en confianza en la promesa (daño emergente). Sin embargo, el tribunal sostiene que no hay una base racional para distinguir entre el contrato y la *promissory estoppel* en términos de los daños que se pueden recuperar. Ambos pueden implicar la pérdida futura de ganancias, y el tribunal tiene la discreción de otorgar una compensación justa en casos de *promissory estoppel*. Por lo tanto, el tribunal considera que los beneficios netos obtenidos por el demandado del arrendamiento también se otorgaron adecuadamente al demandante en base a consideraciones equitativas, tanto en la teoría de la *promissory estoppel* como en la del fideicomiso constructivo.

En general, el tribunal no encontró errores que justifiquen la reversión del fallo y, por lo tanto, se confirma el fallo.

Como vemos, el caso trata sobre un demandante que entró en negociaciones con el demandado para obtener el alquiler de unos locales en el aeropuerto. El demandado prometió cederle el contrato de arrendamiento al demandante, pero en lugar de eso, lo cedió a una tercera persona, lo que generó una pérdida financiera para el demandante. El demandado argumentó que no había contrato porque no hubo intercambio de dinero y que el contrato debería haber estado por escrito, pero la corte utilizó la teoría del *Promissory Estoppel* para otorgar daños reales y expectativos al demandante. Esto significa que el demandado no sólo tuvo que resarcir al demandante por las pérdidas reales, sino también por lo que podría haber ganado si se hubiera cumplido la promesa (lucro cesante). Este caso demuestra cómo la consideración no siempre es

suficiente para resolver problemas contractuales y cómo el *Promissory Estoppel* puede ser una herramienta útil en estos casos.

Por su parte, la CIC jamás podría haber brindado lucro cesante a la parte actora, puesto que, histórica y doctrinalmente, la CIC solamente busca resarcir un daño emergente, es decir, un interés negativo y no uno positivo. Si el RINP hubiera resuelto este caso, se tendría que haber visto el tema de fondo, es decir, si el cedente tenía el derecho de no seguir adelante con el contrato principal, y de este fundamento entonces se vería si la responsabilidad precontractual procedería. Como veremos en el caso español *Gata Capital, S.L. v. Valle de Brea, S.L.*[1734], la demanda se desestimó precisamente porque el Tribunal opinó que al no haberse ejecutado el contrato principal de opción, entonces no era necesario debatir el tema de la responsabilidad precontractual porque al expirar el plazo para ejecutar el contrato de opción de cesión solar no se generó una confianza razonable en el cesionario.

Con este caso queda demostrado que el PE puede brindar resultados más justos y eficientes para el demandante.

U. *Vastoler v. American Can Co*.[1735]

Como evidencia de sus asertos que venimos estudiando, los cultores de la teoría crítica del PE proponen el estudio del caso Vastoler v. American Can Co., 700 F.2d 916 (3d Cir. 1983) . Soloman Vastoler fue un empleado de la Compañía Americana de Enlatados por diferentes períodos que van desde 1937 hasta su retiro a la edad de 59 años el 31 de diciembre de 1978. Excepto por los 3 años de servicio militar, trabajó como empleado asalariado por horas desde 1937 hasta 1946, luego de 1947 hasta 1952, y finalmente de 1958 hasta 1963.

En el año de 1963, la compañía promovió a Vastoler de la posición de empleado asalariado por hora a supervisor asalariado. La compañía inició la promoción y Vastoler a regañadientes aceptó. Su aceptación estuvo condicionada básicamente por la promesa de la compañía de que se le iba a dar full crédito por sus años de servicio pasado, no solamente para el cómputo de su pensión sino también para los beneficios totales. En la disputa, la Compañía negó haber prometido full

[1734] *Gata Capital, S.L. v. Valle de Brea,* S.L., Roj: STS 502/2016 - ECLI:ES:TS:2016:502, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid (2016).
[1735] *Vastoler v. American Can Co*., 700 F. 2d 916 (3d. Cir. 1983).

crédito por todos los años pasados, excepto desde el año 1958, en cambio Vastoler exigía que se le reconocieran sus años de servicio desde 1937 (que fue el inicio de su trabajo).

En su decisión, la Corte de apelaciones, opinó que los beneficios anteriores al año 1958 serían negados puesto que Vastoler había renunciado en 1952, lo que habría quebrado la continuidad laboral. En el segundo punto, la Corte mira cómo el concepto de Promissory Estoppel puede responder al cambio de posición de Vastoler en "detrimento" y en "reliance" a la promesa de la compañía.

La Corte analizó un memorándum interno del Manager Joe Choborda documentando la promesa hecha a Vastoler en el sentido de reconocerle full beneficios desde 1937 a cambio que Vastoler acepte la posición de supervisor. La Corte razonó que Vastoler confió en su propio detrimento en esa promesa de la compañía y cambió de posición basado en tal promesa, y que tal promesa debía cumplirse para evitar una injusticia manifiesta.

La Corte Distrital opinó que Vastoler en realidad no había sufrido ningún detrimento al momento de cambiar de su posición de empleado por hora a la posición de supervisor asalariado, puesto que Vastoler había recibido 3 semanas de vacaciones pagadas, mayor sueldo desde 1963 hasta 1978, mejor seguro de vida, $2,000 como bono de retiro. Es decir, la Corte Distrital opinó que los beneficios obtenidos superaban el posible detrimento que podría haber surgido al no gozar del full crédito por la pensión desde 1937 hasta 1958.

La Corte de Apelaciones razonó y pensó que el detrimento no solamente puede ser económico sino también puede ser moral. La Corte de Apelaciones critica a la Corte Distrital en dos aspectos: 1) el razonamiento de la Corte Distrital de que Vastoler se hubiera quedado como asalariado por hora de haber surgido la promesa de constituirse en supervisor asalariado, es incorrecta, porque la Corte de Apelaciones piensa que la Compañía de Enlatados no es única compañía en el mercado laboral. Asimismo, la Corte de Apelaciones piensa que la Corte Distrital está errada porque Vastoler declaró que, de no habérsele ofrecido una posición de supervisor, él habría contribuido más dinero en aras a una mejor pensión. 2) La segunda crítica que hace la Corte de Apelaciones a la Corte Distrital, en el sentido de que el estrés y la ansiedad del trabajo de supervisor pueden ser considerados como "detrimento".

La Corte de Apelaciones piensa que el detrimento y el detrimental reliance (confianza detrimental) se encuentran en el stress, en la ansiedad del nuevo trabajo, o en las preocupaciones que el nuevo puesto de trabajo trae consigo. Pero, aun así, la Corte de Apelaciones analiza el razonamiento de Vastoler al momento de asumir el puesto de supervisor asalariado, puesto que Vastoler menciona a la compañía que la única razón por la que Vastoler acepta el puesto de supervisor era por la promesa de la empresa de reconocer sus años anteriores para efectos del cómputo de su pensión y otros beneficios laborales.

Entonces la Corte de Apelaciones revirtió la decisión de la Corte Distrital, y sentenció a favor de Vastoler por cuanto encontró un detrimento y confianza (reliance) en Vastoler, y este reliance fue moral, no económico.

Sin embargo, si el reliance sería psicológico y no económico, muchas figuras encajarían dentro del esquema del detrimental reliance, y por lo tanto dentro del Promissory Estoppel. Entonces, si las razones psicológicas como el estrés y la ansiedad de un nuevo trabajo, pueden constituirse como detrimento para Vastoler, en el marco del negocio ("bargain"), muy bien tal elemento psicológico pudiera haberse encorsetado en los trebejos de la consideración, de modo que la figura del contrato (y no del promissory estoppel) sería la herramienta para solucionar este caso. En efecto, cuando la compañía decide promover a Vastoler, el beneficio de Vastoler era el de obtener crédito para su pensión por los años de servicio anteriores, y el beneficio para la compañía promitente era el promover a Vastoler. El detrimento para la compañía era ese reconocimiento de los años anteriores de Vastoler para darle crédito para el cómputo de su pensión. El detrimento de Vastoler era el estrés del nuevo trabajo.

En la típica configuración contractual, la interacción de beneficios y detrimentos de ambas partes, se conjugan cuando se ve un beneficio para el promitente y un detrimento para el aceptante. En este caso, la compañía negoció con Vastoler, y el beneficio para la compañía era justamente el que Vastoler ocupara el puesto de supervisor, mientras que el detrimento del aceptante era ese estrés o ansiedad que conlleva el nuevo trabajo. La Corte concibió que el caso se enmarcaba dentro de la teoría del PE donde el trabajador acepta una posición que le puede conllevar mayores retos y mayor tiempo de trabajo a un empleado que está al borde del retiro.

Sin embargo, podríamos atisbar un "detrimento" no solamente desde el punto de vista del stress que conlleva una responsabilidad de supervisor de la compañía, sino en la extensión del

tiempo de servicio de un empleado próximo al retiro, y que se ve obligado por la fuerza de la promesa de la compañía a seguir laborando en una posición de mayor responsabilidad. Si vemos el número de años adicionales que el empleado tiene que trabajar, a pesar de estar en los años próximos del retiro o ya en el retiro, podríamos pensar que estamos frente a un hecho negativo dentro de un acontecimiento aparentemente positivo (el ascenso) de modo que la promesa de reconocer años pasados de trabajo como cómputo para su jubilación podría se utilizado como una promesa que genera un cambio en el empleado al quedarse un tiempo adicional al requerido por las leyes de retiro, de modo que este tiempo adicional de trabajo (independientemente si el empleado es contratado como supervisor), podría ser considerado como un detrimento cuyo daño computable seria el no reconocimiento de los años de trabajo que se supone deberían ser reconocidos por la parte promitente.

Dentro de la teoría contractual no está muy claro si el caso Vastoler puede ser encajado dentro de la teoría de la causa o la consideración porque la figura del detrimento no es del todo patrimonial y por lo tanto no es totalmente cuantificable cuando este detrimento se lo asume como psicológico o moral.

Por otra parte, ¿se podría aplicar la figura del RINP en el caso Vastoler? Para empezar, habría que determinar si la parte promitente (la compañía), está o no obligada a prometer de buena fe o negociar de buena fe con el empleado. Suponiendo que la legislación aceptara asumir la figura del RINP, entonces la compañía (sus oficiales, mejor dicho) están en la obligación de negociar los años de servicio del empleado de buena fe, de modo que si la compañía promete al empleado reconocerle ciertos años de servicio a condición que el empleado acepte la nueva posición laboral, o al menos que acepte extender su período laboral pese a que ya estaba en la edad de jubilación o retiro. El detalle está en que la compañía no rompe las negociaciones con el empleado, es más el empleado empieza a trabajar basado en las promesas brindadas, de modo que hasta cierto sector de la doctrina pretende encontrar responsabilidad contractual en este caso si es que la teoría de la consideración se la extiende al punto de equiparar la causa o la consideración con un elemento psicológico como es el que experimenta el empleado al asumir un puesto de mayor envergadura.

Es pues, la figura del PE la más oportuna para suplir las deficiencias que la causa o la consideración puedan plantear (dentro de la responsabilidad contractual) a contrapelo de la figura del RINP que no plantea a cabalidad una respuesta oportuna.

Ahora bien, como parte de la crítica a la teoría del estoppel promisorio citan el caso de *Vastoler v. American Can Co*., 700 F. 2d 916 (3d. Cir. 1983)[1736], para criticar a la teoría del PE y expresar que en este caso la Corte de Apelaciones exageró al momento de encontrar un detrimento en una situación donde otros verían un beneficio. Pero la verdad es que lo que para una persona puede constituir un beneficio, para otra es un detrimento, y estas subjetividades son lo que hace que el derecho sea útil, ágil y variopinto. Ya Goethe lo diría en su obra Fausto, en boca de Mefistófeles: "gris, querido amigo es toda teoría, sólo es verde el árbol de la vida".

El caso trata de un empleado Vastoler que trabajaba como empleado por hora para la compañía American Can Co. entre los períodos 1937-1946, 1947-1952, y 1958-1963. En 1963 fue promovido como supervisor asalariado bajo el entendido de que el período para computar su retiro sería desde 1937, sin embargo la compañía computó el período desde 1958, lo que motivó que Vastoler entable acción judicial basado en la teoría del estoppel promisorio argumentando que Vastoler había asumido la posición de supervisor basado en la promesa que le hizo la compañía demandada de computar el término pensionario desde 1937 y no 1958; sin embargo, la Corte de primera instancia estimó que no hubo confianza detrimental (*detrimental reliance*) porque no consideró que hubo un detrimento en la decisión de Vastoler de asumir un puesto asalariado como supervisor, que ostensiblemente mejoró su situación económica. El Juez Leon Higginbotham, de la Corte de Apelaciones lo expresó magistralmente:

> "La conclusión del tribunal de distrito de que Vastoler no sufrió un perjuicio suficiente para exigir el cumplimiento de la promesa se basa en las ventajas financieras que obtuvo Vastoler en virtud de su ascenso ... La dificultad que tenemos con la decisión del tribunal de distrito es que limita su evaluación del detrimento a condiciones puramente financieras ajenas al trato celebrado en abril de 1963 por Vastoler y American Can Company. Cuando examinamos las circunstancias que rodean el acuerdo, encontramos que existe una cuestión genuina de hecho material con respecto a la dependencia perjudicial (*detrimental reliance*) de Vastoler de la promesa de la Compañía de crédito completo por servicios pasados para la determinación de sus beneficios de pensión.
> El razonamiento del tribunal de distrito con respecto a la cuestión de la confianza perjudicial (detrimental reliance) es defectuoso en dos aspectos. **En primer lugar**, subyacente a su razonamiento está la suposición errónea de que Vastoler habría permanecido en American Can Company como empleado por horas de no ser porque la Compañía lo indujo a aceptar un puesto de supervisor. Sin embargo, el expediente no respalda tal suposición. El mercado laboral estadounidense es más amplio que American Can Company, y esto fue especialmente cierto durante la gran expansión económica de la década de 1960. En tres puntos de su testimonio sobre

[1736] *Vastoler v. American Can Co*., 700 F. 2d 916 (3d. Cir. 1983).

> la deposición, Vastoler afirmó que permaneció con American Can Company debido a sus beneficios de pensión ... El segundo error en el razonamiento del tribunal de distrito implica una deficiencia aún más fundamental. **No consideró la dinámica humana y las ansiedades inherentes a los puestos de supervisión. No todos los trabajos son iguales, y el trabajo implica más que el "pan de cada día" y el sueldo semanal. Ciertos trabajos tienen niveles más altos de estrés y ansiedad.** A menudo, el aumento de responsabilidades tortura tanto la mente como el cuerpo. Los diferentes niveles de estrés asociados con diferentes trabajos explican por qué algunas personas calificadas no quieren ser presidente de corporaciones Fortune 500, nominado para la presidencia de los Estados Unidos o capataz de sus plantas."

En palabras del Juez Leon Higginbotham, y uniendo este razonamiento sobre la naturaleza no meramente financiera del *detrimental reliance*, lo comparamos con la médula del RINP que está basado en un agravio de tipo económico y en un consecuente ejercicio de indemnización. En este aspecto, el PE busca que la promesa sea ejecutada, y no simplemente que se resarza o se indemnice a la parte perjudicada por el daño. No vemos una crítica mortal a la teoría del PE, todo lo contrario, el detrimental reliance que bajo un baño lustral de ampliación conceptual que no comparte por ejemplo el RINP.

V. *Walters v. Marathon Oil Co*.[1737]

Este caso surge a raíz de la revolución iraní y la incertidumbre en el suministro de petróleo. Marathon Oil Company, el apelante, se dedica a revender y distribuir productos petroleros. Dennis E. Walters, el apelado, se puso en contacto con Marathon Oil a finales de diciembre de 1978 para explorar la posibilidad de establecer una tienda de comestibles y una estación de servicio en una gasolinera vacante en Indianápolis. Los apelados compraron la estación de servicio en febrero de 1979 y realizaron mejoras basadas en las promesas y negociaciones con Marathon Oil. Sin embargo, después de recibir la propuesta de los apelados, Marathon Oil impuso una moratoria en nuevas solicitudes y se negó a firmar el acuerdo de tres partes.

El tribunal falló a favor de los apelados basándose en la teoría del *promissory estoppel*. Los problemas presentados en esta apelación se refieren a la indemnización por lucro cesante y la supuesta falta de diligencia razonable por parte de los apelados para mitigar sus daños. El apelante

[1737] *Walters v. Marathon Oil Co*., 642 F.2d 1098 (7th Cir. 1981).

argumenta que los apelados no tomaron medidas razonables para mitigar sus daños, pero el expediente muestra que los apelados contactaron a otras compañías petroleras en busca de suministro. Además, el tribunal de primera instancia encontró que los apelados carecían de experiencia en el mercado de la gasolina y no estaban familiarizados con las prácticas de marketing de las compañías de gasolina.

El apelante también argumenta que el cálculo de los daños por parte del tribunal de primera instancia es erróneo y contrario a la ley. El tribunal determinó que los apelados perdieron ganancias anticipadas y otorgó una indemnización por esa cantidad. El apelante sostiene que los daños deberían basarse en los gastos realizados por los apelados en función de la promesa. Sin embargo, el tribunal consideró que los apelados habían invertido tiempo, dinero y renunciado a otras oportunidades debido a la promesa del apelante.

El tribunal de primera instancia respaldó su decisión con pruebas que demostraban que los apelados habrían obtenido ganancias anticipadas si el apelante hubiera cumplido con su promesa. El tribunal consideró el historial de ventas de la estación de servicio y testimonios de expertos. Por lo tanto, el tribunal no cometió un error claro al concluir que los apelados habrían vendido una cierta cantidad de gasolina. En resumen, se confirma la sentencia del tribunal de distrito.

En el caso mencionado, se determinó que los demandantes sufrieron una pérdida de ganancias como resultado directo de confiar en la promesa realizada por el demandado. Para calcular los daños, se estableció con razonable certeza la cantidad de las ganancias perdidas. Esto implica que se realizaron evaluaciones y cálculos para determinar el monto de las ganancias que los demandantes habrían obtenido si no hubieran confiado en la promesa y no se hubiera producido el incumplimiento.

El tribunal analizó la evidencia presentada por los demandantes, como registros financieros, contratos, proyecciones de ventas u otros documentos relevantes para estimar el monto de las ganancias perdidas. Es probable que se hayan considerado factores como el historial de ventas y ganancias anteriores, las condiciones del mercado, las tendencias económicas y cualquier otro elemento que pueda afectar las ganancias esperadas.

Además, es importante destacar que los demandantes también tomaron medidas razonables para mitigar sus daños, por ejemplo, la llamada del demandante a Time Oil, requiriendo un

suministro, pero su requerimiento fue declinado. Esto significa que hicieron esfuerzos para minimizar las pérdidas y buscar alternativas para compensar la falta de cumplimiento de la promesa.

En este caso[1738] es necesario destacar el razonamiento del juez Spears al arribar a la decisión de que el promissory estoppel también puede incluir -como parte del daño- al lucro cesante (interés positivo):

> El tribunal de primera instancia determinó que los demandantes perdieron ganancias anticipadas de seis centavos por galón para los 370,000 galones a los que tenían derecho a recibir en su asignación para las ventas de gasolina del primer año, lo que totaliza $22,200.00, y otorgó esta cantidad en concepto de daños y perjuicios. El apelante insiste en que, dado que los demandantes tuvieron éxito en el juicio únicamente bajo la teoría de *promissory estoppel* y así lo determinó el tribunal de distrito, la pérdida de ganancias no es una medida adecuada de los daños. Argumenta que los daños de los demandantes deberían haber sido el monto de sus gastos en confianza en la promesa, medido por la diferencia entre sus gastos y el valor actual de la propiedad. Utilizando esta medida de los daños, los demandantes no habrían recibido ninguna compensación, ya que el valor actual de la propiedad inmobiliaria y sus mejoras es ligeramente mayor que el monto gastado por los demandantes en confianza en la promesa. Como consecuencia, el apelante sostiene que, dado que los demandantes pueden recuperar todo lo que gastaron en confianza en la promesa del apelante, estarían en la misma posición en la que habrían estado si la promesa no se hubiera realizado.
>
> Sin embargo, confiando en la promesa del apelante de suministrarles suministros de gasolina, los demandantes compraron la estación e invirtieron sus fondos y su tiempo. Es poco razonable asumir que no anticiparon obtener ganancias de esta inversión de tiempo y fondos, pero, confiando en la promesa del apelante, renunciaron a la oportunidad de realizar la inversión en otro lugar. Como se indicó, el registro refleja que si el apelante hubiera cumplido según su promesa, los demandantes habrían recibido la ganancia neta anticipada de $22,200.00. Los hallazgos del tribunal de primera instancia al respecto estaban plenamente respaldados por la evidencia. Por ejemplo, se demostró que el período base de 1977/78 para esta estación en particular fue de 375,450 galones. El propio documento presentado por el apelante reflejaba la misma cantidad. El testimonio del propietario anterior mostró que el lugar bombeó 620,000 galones en 1972 y que bombeó 375,450 galones en 1978.
>
> Un tribunal de equidad tiene cierto poder discrecional para otorgar daños y perjuicios con el fin de lograr una justicia completa….

[1738] *Walters v. Marathon Oil Co*., 642 F.2d 1098 (7th Cir. 1981)

> Además, dado que el propósito histórico de la equidad es garantizar una justicia completa, los tribunales tienen la capacidad de ajustar los remedios para otorgar el alivio necesario…
>
> Dado que el *promissory estoppel* es un asunto equitativo, el tribunal de primera instancia tiene amplio poder en su elección de remedio, y es significativo que el antiguo principio de que "la equidad no permitirá que una injusticia quede sin remedio" ha sido durante mucho tiempo ley en el estado de Indiana… (p. 1100)

Como vemos, la Corte solucionó este problema no solamente atendiendo al interés negativo (daño emergente) sino atendiendo a lo que consideró los llamados de la equidad y la justicia, es decir, recompensando la pérdida de la oportunidad perdida del demandante, es decir, su lucro cesante o interés positivo.

Si la culpa in contrahendo hubiera solucionado este problema, no podría haber captado el interés positivo dentro de su sentencia, puesto que la CIC solamente se enfoca en el interés negativo (daño emergente) y no en el interés positivo (lucro cesante).

Por su parte, la doctrina ha abordado este tema recurrente. Como lo vimos en los capítulos I y II, la CIC solamente se circunscribe a atender el interés negativo (daño emergente). Sin embargo, como lo sostuvimos en el capítulo III y IV, el PE puede extenderse a socorrer el interés positivo también, cuando los intereses de la justicia lo demanden.

En este respecto, Speidel (2003 pp. 161-162) refiere que el Profesor Williston tenía contemplado abrazar el interés expectaticio al momento de crear esta doctrina. Asimismo, piensa que esto ha sido posible gracias a que el lenguaje de la sección 90 del Segundo Restatement de los Contratos (como lo vimos en el capítulo IV) abandona el lenguaje de que la confianza debe ser definida y sustancial (del Primer Restatement), por el de que el remedio amparado se basa en los requerimientos de la justicia. Expresamente lo manifiesta así: “En resumen, proteger el interés de la expectativa es un sustituto para proteger la confianza en el contrato de negociación. Por lo tanto, en un contrato no negociado, se debe asumir que el tribunal protegerá el interés de la confianza, y los daños por expectativa se otorgarán sólo cuando sea necesario para asegurar que se compense

W. Wheeler v. White[1739]

Este es un caso en el que el demandante, Ellis D. Wheeler, demanda al demandado, S.E. White, por incumplimiento de contrato para asegurar un préstamo o proporcionar el dinero para financiar la construcción de mejoras en un terreno propiedad de Wheeler. Wheeler alega que White incumplió el contrato al no incluir elementos esenciales para su exigibilidad, como el monto de las cuotas mensuales, el monto de los intereses, cómo se calcularían y cuándo se pagarían. Wheeler también argumenta que, aunque el contrato no fuera lo suficientemente preciso, White está impedido de alegar dicha insuficiencia. Las excepciones especiales presentadas por White fueron aceptadas por el tribunal, lo que resultó en el rechazo de la demanda de Wheeler. Sin embargo, el tribunal determinó que los argumentos de Wheeler sobre la teoría del *promissory estoppel* constituyen una causa de acción válida. Como resultado, se revocaron las decisiones del tribunal y se remitió el caso para su juicio.

El contrato entre Ellis D. Wheeler y S.E. White establece que Wheeler es el propietario de ciertos lotes de terreno y emplea a White para obtener un préstamo destinado a financiar la construcción de mejoras en esa propiedad. El préstamo debe ser de $70,000 y pagarse en cuotas mensuales durante 15 años con un interés máximo del 6% anual. Además, el contrato establece que Wheeler pagará a White $5,000 por sus servicios una vez que el préstamo esté disponible y se compromete a proceder con diligencia en la construcción de las mejoras. También se menciona que White tiene exclusividad para encontrar inquilinos para parte del edificio a construir y recibirá una comisión del 5% de los alquileres pagados por esos inquilinos.

Dado que el tribunal aceptó las excepciones especiales de White a la petición de Wheeler, necesariamente debemos asumir que todos los hechos alegados son verdaderos. Wheeler afirmó que, como propietario de un terreno de tres lotes en Port Arthur, Texas, deseaba construir un edificio comercial o centro comercial en ese lugar. Él y White celebraron un acuerdo, plasmado en el contrato escrito en cuestión, según el cual White debía obtener el préstamo necesario para Wheeler de un tercero o proporcionarlo él mismo en un plazo de seis meses a partir de la fecha del contrato. El préstamo, según se describe en el contrato, era de "una suma de SETENTA MIL Y 00/100 ($70,000.00) DÓLARES y se pagaría en cuotas mensuales durante un plazo de quince (15)

[1739] *Wheeler v. White,* 398 S.W.2d 93 (Tex. 1966).

años y llevaría un interés de no más de seis (6%) por ciento anual". Además, según el contrato, a White se le pagaría $5,000.00 por obtener el préstamo y una comisión del cinco por ciento sobre todos los alquileres recibidos de los inquilinos que White consiguiera para el edificio. Wheeler alegó que siempre estuvo dispuesto y listo para cumplir con su parte del acuerdo desde que se firmó el contrato.

Después de que ambas partes firmaron el contrato, White aseguró a Wheeler que el dinero estaría disponible y lo instó a proceder con la tarea necesaria de demoler los edificios que se encontraban actualmente en el lugar para dar paso a la construcción del nuevo edificio. Los edificios en el lugar tenían un valor razonable de $58,500.00 y un valor de alquiler de $400.00 al mes. Como garantía adicional, White hizo hincapié en que, en caso de que el dinero no estuviera disponible en otro lugar, él mismo haría el préstamo.

Siguiendo estas promesas, Wheeler procedió a demoler el antiguo edificio y preparar el terreno para la nueva estructura; posteriormente, White le informó a Wheeler que no habría préstamo. Después de la negativa de White a cumplir, Wheeler hizo esfuerzos razonables para obtener el préstamo por sí mismo, pero no tuvo éxito. En los alegatos, Wheeler mencionó los elementos necesarios de inducción y confianza que le permitirían recuperarse si puede probar los hechos alegados.

Además, en la petición, Wheeler indica que si por alguna razón dicho contrato no es lo suficientemente específico y definido, aun así, el demandado está impedido de alegar dicha insuficiencia debido a los actos del demandado al celebrar dicho contrato y exhortar a Wheeler a despejar el terreno para la construcción, así como las representaciones del demandado después de la fecha del contrato de que procediera con la demolición de los edificios y el despeje del sitio, y que el dinero estaría disponible y que el demandado obtendría dicho préstamo, y si por alguna razón dicho dinero no pudiera obtenerse en otro lugar, entonces el demandado mismo haría el préstamo. Wheeler, en confianza en dicho contrato, exhortaciones y representaciones, tanto en el contrato como verbalmente después de la fecha del contrato, sostiene que el demandado está impedido de alegar cualquier deficiencia en dicho contrato.

La doctrina del impedimento por promesa reconoce que cuando una persona confía en una promesa y actúa en detrimento propio basándose en esa promesa, los tribunales pueden permitir que esa persona reclame una compensación sustancial y convincente. La promesa debe inducir una

acción o abstención definida y sustancial por parte del beneficiario y solo puede evitarse la injusticia cumpliendo con la promesa. Esta doctrina se ha aplicado en diversos casos, aunque no se mencione específicamente, y se basa en el principio de que quien induce a otra persona a actuar de manera diferente a como lo haría normalmente no debe defraudar las expectativas en las que esa persona confió.

En efecto, en el caso sub judice (*Wheeler v White*[1740]) el Juez Smith claramente expresó, ad literam:

> Cuando el beneficiario de una promesa actúa en detrimento propio confiando razonablemente en una promesa que, de otra manera, no sería ejecutable, los tribunales en otras jurisdicciones reconocen que la parte perjudicada puede tener un reclamo sustancial y convincente de reparación... cuando una de las partes ha realizado una promesa o garantía mediante sus palabras o conducta, con la intención de afectar las relaciones legales entre ellas y actuar en consecuencia, una vez que la otra parte ha tomado en serio esa promesa y ha actuado en consecuencia, la parte que hizo la promesa no puede luego revertir a la relación anterior como si no se hubiera hecho tal promesa. Esto no crea un contrato donde antes no existía, sino que simplemente impide que una parte insista en sus estrictos derechos legales cuando sería injusto permitirle hacerlo. Ver 1 Williston, Contracts, §§ 139-40 (ed. Revisada 1936); y 48 A.L.R.2d 1069 (1956).
>
> La función de la doctrina del *promissory estoppel* es, en nuestra opinión, defensiva, en el sentido de que impide que un promisor niegue la exigibilidad de la promesa. En el caso de *Dickerson v. Colgrove*, 100 U.S. 578, 580, 25 L.Ed. 618, se dijo lo siguiente:
>
> "El principio vital es que aquel que, mediante su lenguaje o conducta, lleva a otro a hacer lo que de otro modo no habría hecho, no debe someter a esa persona a pérdida o perjuicio al defraudar las expectativas en las que actuó. Este cambio de posición está estrictamente prohibido... Este remedio siempre se aplica para promover los fines de la justicia". (pp. 96-97)

Ahora bien, una vez que la Corte determine que la teoría del promissory estoppel iba aplicarse a este caso, el otro asunto era determinar si los daños indemnizables eran gobernados por la teoría del interés negativo (daño emergente) o positivo (lucro cesante).

Haciendo alusión al caso *Goodman v. Dicker*[1741], la corte determinó que no existía un contrato demostrado, pero los demandados estaban impedidos de negarlo debido a su conducta y

[1740] *Wheeler v. White,* 398 S.W.2d 93 (Tex. 1966).
[1741] *Goodman v. Dicker*, 83 U.S.App.D.C. 35 169 F.2d 684 (1948).

declaraciones en las que los demandantes confiaron y sufrieron perjuicios. Dicker confió en la promesa de Goodman de otorgar una franquicia para vender radios y suministrar los radios, lo cual llevó a Dicker a incurrir en gastos preparándose para el negocio de venta de radios. Sin embargo, la franquicia no se otorgó y Goodman no entregó los radios. La corte de apelaciones determinó que Dicker tenía derecho a ser indemnizado por los gastos incurridos en su preparación para el negocio.

La corte sostuvo que los demandados no podían presentar defensas incompatibles con su garantía de otorgar la franquicia, ya que la justicia y la equidad requieren proteger a aquellos que sufren perjuicios confiando en la conducta de la otra parte. Por lo tanto, Goodman fue considerado responsable de los gastos en los que Dicker incurrió en preparación para el negocio, pero no fue responsable de las ganancias perdidas por los radios que nunca se entregaron. En este caso, la corte aplicó la teoría del *promissory estoppel* como una defensa para evitar que se impugne la existencia de un contrato. Se permitió a Dicker recuperar los daños por confianza, es decir, los gastos en los que incurrió debido a su confianza en la promesa de Goodman. La corte rechazó la indemnización por las ganancias esperadas (lucro cesante), alineándose con la idea de que el *promissory estoppel* actúa a modo de defensa y no permite reclamar pérdidas de ganancias anticipadas.

De esta forma, las sentencias del tribunal de primera instancia y de la Corte de Apelaciones Civil son revocadas y se emite aquí un fallo que devuelve el caso al tribunal de primera instancia para un juicio sobre el fondo de acuerdo con esta opinión.

A modo de conclusión, en este caso ((*Wheeler v White*), la corte aplicó la teoría del *promissory estoppel* para proporcionar un remedio al demandante. Según esta teoría, cuando una parte realiza una promesa o garantía con la intención de afectar las relaciones legales entre las partes y la otra parte confía razonablemente en esa promesa y actúa en consecuencia, la parte que hizo la promesa no puede revertir la situación y negar su cumplimiento sin causar una injusticia.

La corte encontró que el demandante actuó en detrimento propio confiando razonablemente en una promesa que, de lo contrario, no sería ejecutable. En base a esto, consideraron que el demandante tenía un reclamo sustancial y convincente de reparación. La corte sostuvo que, aunque no existía un contrato legalmente suficiente entre las partes, el demandante debía ser compensado por su confianza previsible, definida y sustancial.

Respecto a la teoría del RINP (Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares), se refiere a la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares que han creado una razonable confianza en la conclusión del contrato y han generado un daño en el patrimonio de la parte inocente. Aunque puede haber similitudes conceptuales entre la teoría del *promissory estoppel* y el RINP en términos de confianza y daño patrimonial, en este caso específico, la corte se basó principalmente en la teoría del promissory estoppel para resolver el asunto por cuanto es irrelevante determinar si hubo o no mala fe en la conducta del demando.

3). Conclusiones

2. El PE es una figura más eficaz que la de la CIC por cuanto no se detiene en buscar la mala fe o la malicia del demandado, figura harto similar al misrepresentation, sino que busca descubrir el reliance (confianza) del demandante a consecuencia de una representación del promisario (pese a que dicho reliance no fue negociado). Esta confianza también se diferencia del RINP puesto que en el RINP la confianza es producto de una negociación, mientras que en el PE la confianza es producto de una representación no negociada.
3. El PE es más eficaz que el RINP por cuanto busca resarcir no solamente un interés negativo (daño emergente) o "reliance damages", sino también, en algunas situaciones, un daño positivo (lucro cesante) o "*expectation damages*". Caso *Signal Hill Aviation Co. v. Stroppe,* 96 Cal.App.3d 627, 641 (Cal. Ct. App. 1979). La mayoría de casos del PE no solamente buscan el interés negativo, sino también el positivo, es decir el PE se puede usar como espada, y no solamente como escudo para buscar justifica demandando una oportunidad perdida o un lucro cesante, cosa que no existe en la CIC que solamente busca un interés negativo (daño emergente). Con esto, el PE es más justo que la CIC.
4. La CIC (en específico el RINP) se asemeja a los torts o la responsabilidad extracontractual que impone al demandante un paso previo que es el probar que el demandado ha quebrado o incumplido un deber (en este caso el deber de negociar de buena fe).
5. La mayoría de casos de RINP (hija de la CIC) imponen un peso al demandante que es el de probar que el demandado actuó alejado de la "buena fe". Este requisito hace que la figura del RINP (o CIC) sea menos efectiva que el PE.

Casos Emblemáticos	Casos secundarios basados en los casos emblemáticos
Allegheny Col. v. Nat. Chautauqua Co. Bank, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927)	*Trustees of Baker University v. Clelland;* 86 F.2d 14 (8th Cir. 1936); *In re 375 Park Ave. Associates; Inc.;* 182 B.R. 690 (Bankr. S.D.N.Y. 1995); *Fried v. Fisher;* 328 Pa. 497 (Pa. 1938); *I I Holding Corporation v. Gainsburg*; 251 App. Div. 550 (N.Y. App. Div. 1937); *CP Found. of Nassau; Inc. v. Meyers;* 17-CV-1866 (JMA) (AYS) (E.D.N.Y. Mar. 27; 2019); *CBS; Inc. v. Ahern*; 108 F.R.D. 14 (S.D.N.Y. 1985); *Lawrence v. Ingham County Health Department Family Planning/Pre-Natal Clinic*; 160 Mich. App. 420 (Mich. Ct. App. 1987); *Schwonke v. Banister*; 83 A.D.2d 752 (N.Y. App. Div. 1981); *Schwonke v. Banister;* 83 A.D.2d 752 (N.Y. App. Div. 1981); *Schwonke v. Banister*; 83 A.D.2d 752 (N.Y. App. Div. 1981); *Duncan v. Beres*; 15 Mich. App. 318 (Mich. Ct. App. 1968); *First Trust & Savings Bank v. Coe College*; 8 Cal.App.2d 195 (Cal. Ct. App. 1935); *Comfort v. McCorkle*; 149 Misc. 826 (N.Y. Sup. Ct. 1933); *Middle East Banking v. State Street Bank Intl*; 821 F.2d 897 (2d Cir. 1987); *Blake v. C.I.R*; 697 F.2d 473 (2d Cir. 1982); *Schmidt v. McKay*; 555 F.2d 30 (2d Cir. 1977); *Boomer v. New York Central Railroad Company*; 409 F.2d 382 (7th Cir. 1969); *Hollidge v. Gussow; Kahn Co.;* 67 F.2d 459 (1st Cir. 1933); *CityView Partners; LLC v. Mercedes*; No. 21-CV-1845-FB-SJB (E.D.N.Y. Feb. 10; 2023); *PeaceTech Lab; Inc. v. C5 Accelerate LLC;* Civil Action No. 20-922 (JDB) (D.D.C. Jan. 12; 2021); *Aretakis v. Caesars Entm't*; 16 Civ. 8751 (KPF) (S.D.N.Y. Feb. 23; 2018); *Elec. Data Sys.; LLC v. Syncreon Am. Inc.;* No. 09-13660 (E.D. Mich. Sep. 29; 2012); *Rochester Gas & Electric Corp. v. Delta Star;* No. 06-CV-6155-CJS-MWP (W.D.N.Y. Feb. 13; 2009); *Hyatt Corp. v. Women's Intern. Bowling Congress*; 80 F. Supp. 2d 88 (W.D.N.Y. 1999); *Von Kaulbach v. Keoseian*; 783 F. Supp. 170 (S.D.N.Y. 1992); *In re Flying W Airways; Inc.*; 341 F. Supp. 26 (E.D. Pa. 1972); *Patent Licensing Corporation v. Olsen*; 71 F. Supp. 181 (S.D.N.Y. 1947); *Kahn v. Cecelia Co.*; 40 F. Supp. 878 (S.D.N.Y. 1941); *Congregation Kadimah Toras-Moshe v. DeLeo*; 405 Mass. 365 (Mass. 1989); *Holt v. Feigenbaum*; 52 N.Y.2d 291 (N.Y. 1981); *Maryland National Bank v. United Jewish Appeal Federation of Greater Washington; Inc.*; 286 Md. 274 (Md. 1979); *McMillen v. Dettore*; 161 W. Va. 346 (W. Va. 1978); *Chapman v. Bomann*; 381 A.2d 1123 (Me. 1978); *Woodmere Academy v. Steinberg*; 41 N.Y.2d 746 (N.Y. 1977); *Constructors Supply v. Bostrom Sheet Metal Works*; 291 Minn. 113 (Minn. 1971); *Dunaway v. First Presbyterian Ch. of Wickenburg*; 103 Ariz. 349 (Ariz. 1968); *Wheeler v. White*; 398 S.W.2d 93 (Tex. 1966); *Mitchell v. Wilcox*; 179 Neb. 553 (Neb. 1966); *Arden v. Freydberg*; 9 N.Y.2d 393 (N.Y. 1961); *Friedman v. Tappan Development Corp.;* 22 N.J. 523 (N.J. 1956); *Miller v. Lawlor*; 245 Iowa 1144 (Iowa 1954); *Ravarino v. Price*; 123 Utah 559 (Utah 1953); *Mandel v. Liebman*; 303 N.Y. 88 (N.Y. 1951); *American University v. Collins*; 190 Md. 688 (Md. 1948); *St. Joseph Lead Co. v. Fuhrmeister*; 353 Mo. 232 (Mo. 1944); *Wesleyan University v. Hubbard*; 124 W. Va. 434 (W. Va. 1942); *Albachten v. Bradley*; 212 Minn. 359 (Minn. 1942);

	Rubin v. Dairymen's League Co-op. Assn; 284 N.Y. 32 (N.Y. 1940); *More Game Birds in America; Inc. v. Boettger*; 125 N.J.L. 97 (N.J. 1940); *State v. Wilson*; 109 Vt. 349 (Vt. 1938); *University of Vermont v. Wilbur's Estate*; 105 Vt. 147 (Vt. 1933); *Eaton v. Reich*; 258 N.Y. 202 (N.Y. 1932); *Vogel v. Shaw*; 42 Wyo. 333 (Wyo. 1930); *Matter of Taylor;* 251 N.Y. 257 (N.Y. 1929); *Laventhol Horwath v. Moet-Hennessy; U.S.;* 147 A.D.2d 366 (N.Y. App. Div. 1989); *Silver v. Mohasco Corp*.; 94 A.D.2d 820 (N.Y. App. Div. 1983); *Robert Mallery Lumber v. B. F. Assoc*; 294 Pa. Super. 503 (Pa. Super. Ct. 1982); *Holt v. Feigenbaum*; 75 A.D.2d 676 (N.Y. App. Div. 1980); *Burke v. New York State Public Service Commission*; 47 A.D.2d 91 (N.Y. App. Div. 1975); *Wickstrom v. Vern E. Alden Co.;* 99 Ill. App. 2d 254 (Ill. App. Ct. 1968); *Matter of New Sch. for Soc. Research v. Field;* 11 A.D.2d 774 (N.Y. App. Div. 1960); *Werner v. Republic Yeast Corporation*; 264 App. Div. 908 (N.Y. App. Div. 1942); *Burke v. New York State Public Service Commission*; 47 A.D.2d 91 (N.Y. App. Div. 1975); *Wickstrom v. Vern E. Alden Co.;* 99 Ill. App. 2d 254 (Ill. App. Ct. 1968); *Matter of New Sch. for Soc. Research v. Field;* 11 A.D.2d 774 (N.Y. App. Div. 1960); *Werner v. Republic Yeast Corporation*; 264 App. Div. 908 (N.Y. App. Div. 1942); *Wickstrom v. Vern E. Alden Co*.; 99 Ill. App. 2d 254 (Ill. App. Ct. 1968); *Matter of New Sch. for Soc. Research v. Field;* 11 A.D.2d 774 (N.Y. App. Div. 1960); *Werner v. Republic Yeast Corporation*; 264 App. Div. 908 (N.Y. App. Div. 1942); *Burke v. New York State Public Service Commission*; 47 A.D.2d 91 (N.Y. App. Div. 1975); *Wickstrom v. Vern E. Alden Co.;* 99 Ill. App. 2d 254 (Ill. App. Ct. 1968); *Matter of New Sch. for Soc. Research v. Field*; 11 A.D.2d 774 (N.Y. App. Div. 1960); *Burke v. New York State Public Service Commission*; 47 A.D.2d 91 (N.Y. App. Div. 1975); *Wickstrom v. Vern E. Alden Co*.; 99 Ill. App. 2d 254 (Ill. App. Ct. 1968); *Matter of New Sch. for Soc. Research v. Field*; 11 A.D.2d 774 (N.Y. App. Div. 1960); *Volkwein v. Volkwein*; 146 Pa. Super. 265 (Pa. Super. Ct. 1941); *Glahn v. Clark*; 251 App. Div. 747 (N.Y. App. Div. 1937); *Matter of Barker*; 249 App. Div. 336 (N.Y. App. Div. 1937); *In re Estate of Wheeler*; 284 Ill. App. 132 (Ill. App. Ct. 1936); *Ambler v. Smith*; 237 App. Div. 226 (N.Y. App. Div. 1932); *Matter of Taylor*; 236 App. Div. 571 (N.Y. App. Div. 1932); *Eaton v. Reich*; 232 App. Div. 517 (N.Y. App. Div. 1931); *Norton v. Boore*; 225 App. Div. 397 (N.Y. App. Div. 1929); *Goodale v. Cent. Suffolk Hosp.;* 2019 N.Y. Slip Op. 32620 (N.Y. Sup. Ct. 2019); *Mount Sinai Med. Ctr. v. Jeffrey Modell Found*.; 2008 N.Y. Slip Op. 50965 (N.Y. Sup. Ct. 2008); *Temple Beth Am V. Tanenbaum*; 2004 N.Y. Slip Op. 24422 (N.Y. Dist. Ct. 2005); *Shine v. Light Sources; Inc*.; 2004 Ct. Sup. 8357 (Conn. Super. Ct. 2004); *LAHR Construction Corp. v. J. Kozel & Son; Inc*.; 168 Misc. 2d 759 (N.Y. Sup. Ct. 1996); *Ski-View; Inc. v. State*; 129 Misc. 2d 106 (N.Y. Ct. Cl. 1985); *Carter v. Katz; Shandell*; 120 Misc. 2d 1009 (N.Y. Sup. Ct. 1983); *Healy v. Brotman*; 96 Misc. 2d 386 (N.Y. Misc. 1978); *Tuition Plan v. Zicari*; 70 Misc. 2d 918 (N.Y. Misc. 1972); *Ayer v. Board of Education*; 69 Misc. 2d 696 (N.Y. Sup. Ct. 1972); *Hebrew University Ass'n v. Nye*; 26 Conn. Supp. 342 (Conn. Super. Ct. 1966); *Matter of Lipsky*; 45 Misc. 2d 320 (N.Y. Misc. 1965); *Matter of Kirby*; 39 Misc. 2d 190 (N.Y. Misc. 1963); *Atlas v. Wood*; 33 Misc. 2d 543 (N.Y. Sup. Ct. 1962); *Matter of Field*; 15 Misc. 2d 950 (N.Y. Surr. Ct. 1959); *Liberty Maimonides*

	Hosp. v. Felberg; 4 Misc. 2d 291 (N.Y. Cnty. Ct. 1957); *In re the Estate of de Brabant*; 197 Misc. 923 (N.Y. Surr. Ct. 1949); *Matter of Baer*; 196 Misc. 979 (N.Y. Surr. Ct. 1949); *French v. Kensico Cemetery*; 177 Misc. 395 (N.Y. Sup. Ct. 1941); *French v. Kensico Cemetery;* 177 Misc. 395 (N.Y. Sup. Ct. 1941); *Matter of Lord*; 175 Misc. 921 (N.Y. Misc. 1941); *Matter of Hayden;* 172 Misc. 669 (N.Y. Surr. Ct. 1939); *Harvey v. Morgan Co*.; 166 Misc. 455 (N.Y. Mun. Ct. 1937); *Simmons v. Randforce Amusement Corp*.; 162 Misc. 491 (N.Y. Misc. 1937); *Matter of Tummonds*; 160 Misc. 137 (N.Y. Misc. 1936); *People v. Straus Co.; Inc.;* 158 Misc. 186 (N.Y. Sup. Ct. 1935); *Quincy Co. Arbitrage Corp. v. Cities Service*; 156 Misc. 83 (N.Y. Sup. Ct. 1935); *Matter of Arber;* 151 Misc. 861 (N.Y. Misc. 1934); *Matter of Cooke*; 147 Misc. 528 (N.Y. Surr. Ct. 1933); *Matter of Brunswick*; 143 Misc. 573 (N.Y. Misc. 1932); *Matter of Mahlstedt*; 140 Misc. 245 (N.Y. Surr. Ct. 1931); *Washington Heights M.E. Church v. Comfort*; 138 Misc. 236 (N.Y. Mun. Ct. 1930); *Matter of First M.E. Church v. Estate of Howard;* 133 Misc. 723 (N.Y. Surr. Ct. 1929); *Matter of Reed*; 133 Misc. 903 (N.Y. Misc. 1929); *Callophone Co. of New York v. Jaeckel Co.;* 132 Misc. 693 (N.Y. Mun. Ct. 1928); *Walsh v. Fidelity Deposit Co.*; 131 Misc. 138 (N.Y. Sup. Ct. 1928); *E.A. Coronis Assocs. v. M. Gordon Constr. Co.;* 90 N.J. Super. 69 (App. Div. 1966); *Friedman v. Tappan Development Corp*.; 39 N.J. Super. 103 (App. Div. 1956).
Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp., 884 F.2d 69 (2d Cir. 1989).	*Cohen v. Lehman Brothers Bank, FSB*, No. 02 Civ. 1577(LAP) (S.D.N.Y. July 29, 2003); *Ogden Martin v. Tri-Continental Leasing*, 734 F. Supp. 1057 (S.D.N.Y. 1990); *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc*., 145 F.3d 543 (2d Cir. 1998*); Missigman v. USI Northeast, Inc.*, 131 F. Supp. 2d 495 (S.D.N.Y. 2001); *Murphy v. Inst. of Int'l Educ*., 32 F.4th 146 (2d Cir. 2022); *Fairbrook Leasing, Inc. v. Mesaba Aviation, Inc*., 295 F. Supp. 2d 1063 (D. Minn. 2003*); Cleveland Wrecking Co. v. Hercules Const. Corp*., 23 F. Supp. 2d 287 (E.D.N.Y. 1998); *Brown v. Cara*, 420 F.3d 148 (2d Cir. 2005); *Rubinstein v. Clark Green, Inc*., 1:08-CV-0337 (LEK/RFT) (N.D.N.Y. Jan. 19, 2010*); Kreiss v. McCown De Leeuw & Co*., 37 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 1999); *Shelley v. Trafalgar House Public*, 918 F. Supp. 515 (D.P.R. 1996); *Vacold LLC v. Cerami*, 545 F.3d 114 (2d Cir. 2008); *N.Y. Metro Peterbilt, Inc. v. Peterbilt Motors Co.,* 13-CV-843 (DRH)(GRB) (E.D.N.Y. Mar. 30, 2015*); Highland Capital Mgmt., L.P. v. Bank of Am., Nat'l Ass'n,* Civil Action No. 3:10-CV-1632-L (N.D. Tex. Aug. 23, 2013); *Singer v. Xipto Inc.,* 852 F. Supp. 2d 416 (S.D.N.Y. 2012*); Trianco, LLC v. International Business Machines Corp*., 583 F. Supp. 2d 649 (E.D. Pa. 2008); *B. Lewis Productions, Inc. v. Angelou*, 01 Civ. 0530 (MBM) (S.D.N.Y. July 23, 2003); Krauth v. Executive Telecard, Ltd., 890 F. Supp. 269 (S.D.N.Y. 1995); *United Magazine Co. v. Prudential Ins.,* 877 F. Supp. 1076 (S.D. Ohio 1995); *In re 50 Pine Co., Llc*., 317 B.R. 276 (Bankr. S.D.N.Y. 2004*); In re Kaplan Breslaw Ash, LLC*, 264 B.R. 309 (Bankr. S.D.N.Y. 2001); *Shann v. Dunk*, 84 F.3d 73 (2d Cir. 1996); *EIG Credit Mgmt. v. CNX Res. Corp*., 20-cv-2887 (AJN) (S.D.N.Y. Mar. 31, 2021); *LiDestri Foods, Inc. v. 7-Eleven, Inc.*, Case # 17-CV-6146-FPG (W.D.N.Y. Dec. 16, 2019); *Learning Annex Holdings, LLC v. Whitney Education Gr.*, 765 F. Supp. 2d 403 (S.D.N.Y. 2011); *1 800 Plan,*

	LLC v. Eastern Savings Bank, F.S.B., No. 07-CV-740 (FB) (RLM) (E.D.N.Y. Mar. 14, 2008); *20 Atlantic Ave. v. Allied Waste Industries*, 482 F. Supp. 2d 60 (D. Mass. 2007); *Rosoff V. Mountain Laurel Center/Performing Arts*, 317 F. Supp. 2d 493 (S.D.N.Y. 2004*); Spencer Trask Software Info. Serv. v. Rpost Intl.,* 383 F. Supp. 2d 428 (S.D.N.Y. 2003); *Miller v. Tawil*, 165 F. Supp. 2d 487 (S.D.N.Y. 2001); *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (MC) Inc*., 92 F. Supp. 2d 249 (S.D.N.Y. 2000); *Pan Am Corp. v. Delta Air Lines, Inc*., 175 B.R. 438 (S.D.N.Y. 1994); *P.A. Bergner Co. v. Martinez*, 823 F. Supp. 151 (S.D.N.Y. 1993); *In re Atlantic Computer Systems, Inc.,* 154 B.R. 166 (S.D.N.Y. 1993); *Mrilyn Miglin, Inc. v. Gottex Indus*., Inc., 790 F. Supp. 1245 (S.D.N.Y. 1992); *In re the Matterhorn Group, Inc*., Case Nos. 97 B 41274 through 97 B 41278 (SMB); A.P. No. 97-8273 (SMB) (Jointly Administered) (Bankr. S.D.N.Y. Nov. 15, 2002); *Miller v. Flegenheimer*, 2016 Vt. 125 (Vt. 2016); *WTG Gas Processing, L.P. v. ConocoPhillips Co*., 309 S.W.3d 635 (Tex. App. 2010); *WTG v. Conocophillips*, No. 14-08-00019-CV (Tex. App. Feb. 23, 2010); *COC Services, Ltd. v. CompUSA, Inc*., 150 S.W.3d 654 (Tex. App. 2004); *Kandel V. Cutr,* No. M2000-02128-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Apr. 17, 2002); *Engenius v. Herenton, C.A.* No. 02A01-9704-CH-00078 (Tenn. Ct. App. Oct. 31, 1997); *West v. IDT Corp*., 241 F. App'x 50 (3d Cir. 2007); *HVN Clothing, Inc. v. Lomeway E-Commerce Lux. Ltd*., 22-CV-27 (JMF) (S.D.N.Y. Oct. 21, 2022); *Cambridge Capital LLC v. Ruby Has LLC*, 565 F. Supp. 3d 420 (S.D.N.Y. 2021); *Deutsche Bank Sec. Inc. v. Kingate Glob. Fund Ltd.*, 19 Civ. 10823 (ER) (S.D.N.Y. Mar. 26, 2021); *Palomo v. DeMaio*, 403 F. Supp. 3d 42 (N.D.N.Y. 2019); *Herman v. Duncan*, 17 Civ. 3325 (PGG) (S.D.N.Y. May 16, 2019); *Nusbaum v. E-Lo Sportswear LLC*, 17-cv-3646 (KBF) (S.D.N.Y. Dec. 1, 2017); *Beary v. Deese*, CIVIL ACTION No. 16-15757 SECTION A(5) (E.D. La. Oct. 20, 2017); *GE Oil & Gas, Inc. v. Turbine Generation Servs*., CIVIL ACTION NUMBER: 6:14-00760 (W.D. La. Feb. 11, 2015); *National Gear & Piston, Inc. v. Cummins Power Systems, LLC*, 861 F. Supp. 2d 344 (S.D.N.Y. 2012); *Highland Capital Mgmt. L.P. v. Bank of America, NA*, Civil Action No. 3:10-CV-1632-L (N.D. Tex. Nov. 7, 2011); *Sedghi v. Patchlink Corp.,* Civil Action No.: ELH-07-01636 (D. Md. Oct. 18, 2011); *Katzenberg v. Commercial Kitchen Designs, Inc*., 09-CV-0173 (ILG) (RER) (E.D.N.Y. Sep. 15, 2010); *FCOF UB Securities LLC v. MorEquity*, Inc., 663 F. Supp. 2d 224 (S.D.N.Y. 2009); *Bitúmenes Orinoco v. New Brunswick Power Holding Corp.*, 05 Civ. 9485 (LAP) (S.D.N.Y. Jan. 31, 2007*); Gragg V. International Mgmt.* Group (UK); INC., No. 5:03-CV-904 (N.D.N.Y. Feb. 4, 2004); *Atla-Medine v. Crompton Corp*., 00 Civ. 5901 (HB) (S.D.N.Y. Nov. 6, 2001); *Graham Webb International Limited v. Gordon*, Civil No. 00-2169 RHK/AJB (D. Minn. June 15, 2001); *Horphag Research Ltd. v. Henkel Corp., and Cognis Corp*., 115 F. Supp. 2d 455 (S.D.N.Y. 2000); *Kaplan v. Vincent*, 937 F. Supp. 307 (S.D.N.Y. 1996); *Coastal Aviation, v. Commander Aircraft*, 937 F. Supp. 1051 (S.D.N.Y. 1996); *Oscar Productions, Inc. v. Zacharius,* 893 F. Supp. 250 (S.D.N.Y. 1995); *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp*., 887 F. Supp. 1014 (N.D. Ill. 1995); Weinreich v. Sandhaus, 850 F. Supp. 1169 (S.D.N.Y. 1994); *Frutico S.A. de C.V. v. Bankers Trust*, 833 F. Supp. 288 (S.D.N.Y. 1993); *U S West Financial*

	Services v. Tollman, 786 F. Supp. 333 (S.D.N.Y. 1992); *Argonaut Companies v. Medical Liability,* 760 F. Supp. 1078 (S.D.N.Y. 1991); *Highland Capital Management, L.P. v. UBS Securities LLC (In re Lyondell Chemical Co.);* 491 B.R. 41 (Bankr. S.D.N.Y. 2013); *In re Demmert Building Company, Inc.*, No. 806-70942-478, Adv. Pro. No. 807-8100-478 (Bankr. E.D.N.Y. Feb. 25, 2008); *In re 80 Nassau Associates*, 169 B.R. 832 (Bankr. S.D.N.Y. 1994); *In re Atlantic Computer Systems Inc*., 142 B.R. 659 (Bankr. S.D.N.Y. 1992); *In re Office Products of America, Inc*., 136 B.R. 675 (Bankr. W.D. Tex. 1992); *Pharmathene, Inc. V. Siga Technologies, INC.,* Civil Action No. 2627-VCP (Del. Ch. Jan. 16, 2008*); Gurley v. King*, 183 S.W.3d 30 (Tenn. Ct. App. 2005); *Meadow Ridge Capital v. Levi*, 2010 N.Y. Slip Op. 51969 (N.Y. Sup. Ct. 2010); *Bank of Am. v. New England Quality Serv.*, 18-2459 (2d Cir. Nov. 22, 2019); *L-7 Designs, Inc. v. Old Navy, LLC*, 647 F.3d 419 (2d Cir. 2011); *Kaczmarcysk v. Dutton*, 414 F. App'x 354 (2d Cir. 2011); *Tri-County Motors v. American Suzuki Motor*, 301 F. App'x 11 (2d Cir. 2008); *Fairbrook v. Mesaba*, 519 F.3d 421 (8th Cir. 2008); *Fairbrook Leasing v. Mesaba Aviation, Inc.,* 408 F.3d 460 (8th Cir. 2005); *In re Ionosphere Clubs, Inc*., 85 F.3d 992 (2d Cir. 1996); *Readco, Inc. v. Marine Midland Bank*, 81 F.3d 295 (2d Cir. 1996); *Longo v. Shore & Reich, Ltd*., 25 F.3d 94 (2d Cir. 1994); *Consarc Corp. v. Marine Midland Bank, N.A.,* 996 F.2d 568 (2d Cir. 1993); *Lund v. Albrecht,* 936 F.2d 459 (9th Cir. 1991); *Xie v. Caruso*, 18-CV-12092 (JPO) (S.D.N.Y. Sep. 29, 2022); *LPD N.Y., LLC v. Adidas Am., Inc.,* 15-CV-6360 (MKB) (E.D.N.Y. Sep. 24, 2022); *Cambridge Capital LLC v. Ruby Has LLC*, 20-cv-11118 (LJL) (S.D.N.Y. June 24, 2022); *EMA Fin. v. Flitways Tech*., 20-CV-324 (JPO) (S.D.N.Y. June 3, 2022); *EMA Fin. v. Flitways Tech*., 20-CV-324 (JPO) (S.D.N.Y. June 3, 2022); *Marcus v. Lominy*, 18 Civ. 1857 (NSR) (S.D.N.Y. Feb. 16, 2022); *Flores v. Urciuoli*, 1:19-CV-6380 (ENV)(PK) (E.D.N.Y. Jan. 10, 2022); *Alessi Equip. v. Am. Piledriving Equip*., 578 F. Supp. 3d 467 (S.D.N.Y. 2022); *Diedhiou v. The Republic of Senegal*, 20 Civ. 5685 (ER) (S.D.N.Y. Sep. 29, 2021); *Yang v. Bank* of N.Y. Mellon Corp., 20-cv-3179 (AJN) (S.D.N.Y. Mar. 31, 2021); *Doe v. N.Y.* Univ., 1:20-cv-01343-GHW (S.D.N.Y. Mar. 31, 2021); *Garra v. Metro-N. Commuter R.R.,* 17-CV-1293 (ALC) (SN) (S.D.N.Y. Mar. 29, 2021*); Joshi v. Trs. of Columbia Univ*., 17-cv-4112 (JGK) (S.D.N.Y. Jan. 25, 2021); *Joshi v. Trs. of Columbia Univ. in N.Y*., 515 F. Supp. 3d 200 (S.D.N.Y. 2021); *Westwide Winery, Inc. v. SMT Acquisitions, LLC*, 511 F. Supp. 3d 256 (E.D.N.Y. 2021); *Abraham v. Leigh,* 471 F. Supp. 3d 540 (S.D.N.Y. 2020); *Caploc, LLC v. McCord*, 17 Civ. 5788 (AT) (S.D.N.Y. Mar. 3, 2020); Delaney v. Fay, No. 19 Civ. 4085 (LAP) (S.D.N.Y. Feb. 3, 2020); *Admiral Ins. Co. v. Liberty Mut. Fire Ins. Co.,* CIVIL ACTION No. 18-2492 (E.D. Pa. Aug. 19, 2019); *Ridgeline Capital Partners, LLC v. Midcap Fin. Servs., LLC*, 340 F. Supp. 3d 1364 (N.D. Ga. 2018); *Dutt v. Young Adult Inst., Inc*., 17 Civ. 5855 (S.D.N.Y. June 26, 2018); *Betty, Inc. v. Pepsico, Inc.,* 16 CV 4215 (VB) (S.D.N.Y. June 4, 2018); *Mr. Olympia, LLC v. Ultimate Nutrition, Inc.,* 17 CV 1346 (ALC) (S.D.N.Y. Mar. 13, 2018*); Copywatch, Inc. v. Cross*, 299 F. Supp. 3d 189 (D.D.C. 2018*); Johnson v. Boeing Co.,* Civil No. C17-0706RSL (W.D. Wash. Nov. 13, 2017); *Klein v. Frenkel*, 14-cv-2719 (ADS)(AYS) (E.D.N.Y. May 30, 2017); *Privado Mktg. Grp. LLC v. Eleftheria*

	Rest Corp., 13 Civ. 3137 (ER) (S.D.N.Y. Mar. 27, 2017); *LPD N.Y., LLC v. Adidas Am., Inc*., 15-CV-6360 (MKB) (RLM) (E.D.N.Y. Mar. 27, 2017*); Komlossy v. Faruqi & Faruqi, LLP*, 15 Civ. 9316 (KPF) (S.D.N.Y. Feb. 23, 2017); *H&R Block Tax Servs., LLC v. Strauss*, 1:15-CV-0085 (LEK/CFH) (N.D.N.Y. Sep. 20, 2016); *Ray Legal Consulting Grp. v. DiJoseph*, 13 Civ. 6867 (KPF) (S.D.N.Y. Apr. 12, 2016); *Nungesser v. Columbia Univ*., 169 F. Supp. 3d 353 (S.D.N.Y. 2016); *NRP Holdings LLC v. City of Buffalo*, 11-CV-472S (W.D.N.Y. Dec. 17, 2015*); ICBC PLC v. Blacksands Pac. Grp., Inc.,* 15 Civ. 0070 (LAK) (S.D.N.Y. Sep. 29, 2015); *Scarpinato v. 1770 Inn, LLC*, 13-CV-0955(JS)(SIL) (E.D.N.Y. Aug. 11, 2015); *MS & BP, LLC v. Big Apple Petroleum, LLC,* 14-CV-5675 (RRM) (RER) (E.D.N.Y. May 7, 2015); *Main Street Baseball, LLC v. Binghamton Mets Baseball Club, Inc.*, 103 F. Supp. 3d 244 (N.D.N.Y. 2015); *Thai Tours & Trans Airways Co. v. BCI Aircraft Leasing, Inc*., No. 13 C 8511 (N.D. Ill. Feb. 5, 2015); *Hindsight Solutions, LLC v. Citigroup Inc*., 53 F. Supp. 3d 747 (S.D.N.Y. 2014); *Hindsight Solutions, LLC v. Citigroup Inc.,* 11 Cv. 5368 (JGK) (S.D.N.Y. Oct. 16, 2014); *Galanis v. Harmonie Club of N.Y.,* 1:13-cv-4344-GHW (S.D.N.Y. Oct. 2, 2014); *Schlamowitz v. Tirado*, 12 CV 504 (CLP) (E.D.N.Y. Aug. 22, 2014); *White Winston Select Asset Funds, LLC v. Intercloud Sys., Inc.,* Civil Action No. 13-7825(FLW) (D.N.J. Aug. 19, 2014); *Volunteers of Am. of W. N.Y., Inc. v. Rochester Gas & Elec. Corp*., No. 6:99-cv-6238-MAT (W.D.N.Y. July 14, 2014); *Sprint Commc'ns Co. v. Jasco Trading, Inc*., 5 F. Supp. 3d 323 (E.D.N.Y. 2014); *Random Ventures, Inc. v. Advanced Armament Corp*., 12 Civ. 6792 (KBF) (S.D.N.Y. Jan. 13, 2014); *Sawabeh Info. Servs. Co. v. Brody,* 11 Civ. 4164 (SAS) (S.D.N.Y. Jan. 6, 2014); *Baackes v. Kaiser Found. Health Plan, Inc*., 990 F. Supp. 2d 228 (N.D.N.Y. 2014); *Citibank v. City of Burlington*, 971 F. Supp. 2d 414 (D. Vt. 2013); *Lifeguard Licensing Corp. v. GoGo Sports, Inc*., 10-CV-9075 (PAC) (S.D.N.Y. Aug. 15, 2013); *BNP Paribas Mortgage Corp. v. Bank of America, N.A.*, 949 F. Supp. 2d 486 (S.D.N.Y. 2013); *Antares Mgmt. LLC v. Galt Glob. Capital, Inc.,* 12-CV-6075(TPG) (S.D.N.Y. Mar. 22, 2013); *Wells Fargo Bank, N.A. v. Nat'l Gasoline, Inc*., 10-CV-1762 (RER) (E.D.N.Y. Feb. 26, 2013); *InCompass IT, Inc. v. XO Commc'n Servs., Inc.,* Civil No. 10-3864 (SRN/JJG) (D. Minn. Feb. 15, 2012); *Palm Bay International, Inc. v. Marchesi Di Barolo S.P.A*., 796 F. Supp. 2d 396 (E.D.N.Y. 2011); *Kopperl V. Bain*, Civil Action No. 3:09-CV-1754 (CSH) (D. Conn. Aug. 30, 2010); *Kant V. Columbia University*, 08 Civ. 7476 (PGG) (S.D.N.Y. Mar. 9, 2010); *L-7 Designs, Inc. v. Old Navy, LLC*, 09 Civ. 1432 (DC) (S.D.N.Y. Jan. 21, 2010); *International Business Machines Corp. v. Platform Solutions, Inc.,* 658 F. Supp. 2d 603 (S.D.N.Y. 2009); *International Business Machines Corp. v. Platform Solutions, Inc*., 658 F. Supp. 2d 603 (S.D.N.Y. 2009*); Re-Source America, Inc. v. Corning Incorporated,* 07-CV-6048 CJS (W.D.N.Y. July 21, 2009); *Bear Stearns Inv. v. Hitachi Automotive Products,* 401 B.R. 598 (S.D.N.Y. 2009); *H & M Hennes & Mauritz LP v. Skanska USA Building, Inc*., 617 F. Supp. 2d 152 (E.D.N.Y. 2008); *J.C. Penney Corp. v. Carousel Center Co*., 635 F. Supp. 2d 126 (N.D.N.Y. 2008); *Darby Trading Inc. v. Shell Intl. Trading Shipping*, 568 F. Supp. 2d 329 (S.D.N.Y. 2008); *Re-Source America, Inc. v. Corning Incorporated*, 07-CV-6048 CJS (W.D.N.Y. Mar. 26,

	2008); *Direct Investment Partners Ag V. Cerberus Global Inv*, 07 Civ. 3310 (LLS) (S.D.N.Y. Feb. 7, 2008); *Tri-County Motors, Inc. v. American Suzuki Motor,* 494 F. Supp. 2d 161 (E.D.N.Y. 2007); *WHTV Broadcasting Corp. v. Centennial Communications Corp.,* 460 F. Supp. 2d 297 (D.P.R. 2006); *Multi-Judge, S.A. v. Snapple Beverage Corp*., 02 Civ. 4635 (RPP) (S.D.N.Y. Sep. 18, 2006); *Multi-Juice v. Snapple Beverage Corp*., No. 02 Civ. 4635 (RPP) (S.D.N.Y. Sep. 1, 2006); *Long v. Marubeni America Corp.*, 05 Civ. 0639 (GEL) (S.D.N.Y. June 20, 2006); *Multi-Juice v. Snapple Beverage Corp*., 02 Civ. 4635 (RPP) (S.D.N.Y. June 1, 2006); *Creative Waste v. Capitol Environmental Services*, 429 F. Supp. 2d 582 (S.D.N.Y. 2006); *Network Enterprises, Inc. v. APBA Offshore Productions, Inc*., 427 F. Supp. 2d 463 (S.D.N.Y. 2006); *Einhorn v. Mergatroyd Productions*, 05 Civ. 8600 (LAK) (S.D.N.Y. Apr. 17, 2006); *Einhorn v. Mergatroyd Productions*, 426 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2006); *Walker v. City of New York*, No. 05-CV-0004 (JBW) (JMA) (E.D.N.Y. Apr. 4, 2006); *Highland Capital Management, L.P. v. Schneider*, No. 02 Civ. 8098 (PKL) (S.D.N.Y. July 25, 2005); *Aventis Environmental Science USA LP v. Scotts Co*., 383 F. Supp. 2d 488 (S.D.N.Y. 2005); *Deutsche Asset Management, Inc. v. Callaghan,* 01 Civ. 4426 (CBM) (S.D.N.Y. Apr. 7, 2004); *In re Infonet Services Corp. Securities Litigation*, 310 F. Supp. 2d 1080 (C.D. Cal. 2003); *Geneva Pharmaceuticals Technology V. Barr Laboratories*, 98 Civ. 861 (RWS); 99 Civ. 3607 (RWS) (S.D.N.Y. Mar. 17, 2003); *U.S. v. Rosario,* 237 F. Supp. 2d 242 (E.D.N.Y. 2002); *Nielsen Media Research Inc. v. Microsystems Software*, No. 99 Civ. 10876 (LAP) (S.D.N.Y. Sep. 30, 2002); *SR International Business Insurance v. World Trade Center Properties LLC*, 222 F. Supp. 2d 385 (S.D.N.Y. 2002); *Phansalkar v. Andersen Weinroth Co.,* 00 Civ. 7872 (SAS) (S.D.N.Y. June 26, 2002); *Thayer v. Dial Indus. Sales, Inc*., 189 F. Supp. 2d 81 (S.D.N.Y. 2002); *Travelers Indem. of Connecticut v. Losco Group*, 150 F. Supp. 2d 556 (S.D.N.Y. 2001*); In re Alder*, 00 CIV. 4216 (VM); 00 CIV. 4217 (VM) (S.D.N.Y. June 11, 2001*); KREISS V. Mccown DE LEEUW CO*, 97 Civ. 09448 (GEL) (S.D.N.Y. Jan. 18, 2001); *Salt Lake Tribune v. AT&T Corp*., No. 2:00CV936C (D. Utah Dec. 15, 2000); *Ward v. New York University*, 99 Civ. 8733 (RCC) (S.D.N.Y. Sep. 25, 2000); *Thayer v. Dial Indus. Sales, Inc*., 85 F. Supp. 2d 263 (S.D.N.Y. 2000); *Abrams v. Unity Mut. Life Ins. Co*., 70 F. Supp. 2d 846 (N.D. Ill. 1999); *Shaftel v. Dadras, 39 F. Supp.* 2d 217 (E.D.N.Y. 1999); *Prime Retail, L.P. v. Caribbean Airport Facilities, Inc*., 975 F. Supp. 148 (D.P.R. 1997); *Cossack v. Burns,* 970 F. Supp. 108 (N.D.N.Y. 1997); *Novecon v. Bulgarian-American Enter*. Fund, 967 F. Supp. 1382 (D.D.C. 1997); *Sunnyside Associates v. Central Vermont Serv. Corp.,* 915 F. Supp. 675 (D. Vt. 1996); *Schonholz v. Long Island Jewish Medical*, 889 F. Supp. 610 (E.D.N.Y. 1995); *Nflil by Lines v. B B Holdings*, 874 F. Supp. 606 (S.D.N.Y. 1995); *Jackson Square Associates v. United States Department of Housing*, 869 F. Supp. 133 (W.D.N.Y. 1994); *GSGSB, Inc. v. New York Yankees*, 862 F. Supp. 1160 (S.D.N.Y. 1994); *Lind v. Vanguard Offset Printers, Inc*., 857 F. Supp. 1060 (S.D.N.Y. 1994); *I.R.V. Merchandising v. Jay Ward Productions*, 856 F. Supp. 168 (S.D.N.Y. 1994); *Aquilio v. Police Benev. Ass'n of N.Y,* 857 F. Supp. 190 (N.D.N.Y. 1994); *Pay Tel Systems, Inc. v. Trident Technologies, Inc*., 850 F. Supp. 276 (S.D.N.Y. 1994);

	Durable, Inc. v. Twin County Grocers Corp., 839 F. Supp. 257 (S.D.N.Y. 1993); *Zucker v. Katz*, 836 F. Supp. 137 (S.D.N.Y. 1993); *Merex A.G. v. Fairchild Weston Sys.,* 810 F. Supp. 1356 (S.D.N.Y. 1993); *Cauff, Lippman v. Apogee Finance Group*, 807 F. Supp. 1007 (S.D.N.Y. 1992); *S. Federal S L v. 21-26 E. 105th St. Assoc*, 145 B.R. 375 (S.D.N.Y. 1991); *Teachers Annuity v. Ormesa Geothermal;* 791 F. Supp. 401 (S.D.N.Y. 1991); *Fickes v. Sun Expert, Inc*., 762 F. Supp. 998 (D. Mass. 1991); *Dacourt Group, Inc. v. Babcock Indus*., 747 F. Supp. 157 (D. Conn. 1990); *Marketing Specialists, Inc. v. Bruni*, 129 F.R.D. 35 (W.D.N.Y. 1989*); Derechin v. State University of New York*, 731 F. Supp. 1160 (W.D.N.Y. 1989); *In re Westinghouse Elec. Co.,* 588 B.R. 347 (Bankr. S.D.N.Y. 2018); *Bogdan v. Bevan & Assocs., LPA, Inc*. *(In re Johns-Manville Corp.);* No. 82-11656 (CGM) (Bankr. S.D.N.Y. Aug. 26, 2016); *In re Marine Risks, Inc*., 441 B.R. 181 (Bankr. E.D.N.Y. 2010); *In re 18th Avenue Realty, Inc*., No. 03-14480 (RDD); Adv. Pro. No. 07-01717 (RDD) (Bankr. S.D.N.Y. May 7, 2010); *In re G+G Retail, Inc*., No. 06-10152 (RDD) (Bankr. S.D.N.Y. Feb. 24, 2010); *Madison Equities, LLC v. Condren (In re Theatre Row Phase II Associates*); 385 B.R. 511 (Bankr. S.D.N.Y. 2008); *In re Metro Affiliates, Inc.,* No. 02-42560 (PCB) Adversary No. 03-6364 (Bankr. S.D.N.Y. Mar. 6, 2008); *In re Cairns Associates, Inc.*, 372 B.R. 637 (Bankr. S.D.N.Y. 2007); *TL Administration Corp. v. Ideasphere, Inc*. (In re TL Administration Corp.); 337 B.R. 827 (Bankr. S.D.N.Y. 2006); *In re Aldelphia Business Solutions, Inc*., 341 B.R. 415 (Bankr. S.D.N.Y. 2003); *In re Fayolle*, Case Nos. 00 B 41291, Case Nos. 00 B 41292, Case Nos. 00 B 41293 (RDD); (Jointly Administered); Adv. Pro. No. 02-03115 (Bankr. S.D.N.Y. Sep. 2, 2003); *In re Adelphia Communications Corp.,* 285 B.R. 127 (Bankr. S.D.N.Y. 2002); *In re Adler, Coleman Clearing Corp*., 263 B.R. 406 (Bankr. S.D.N.Y. 2001); *In re Chateaugay Corp.*, 154 B.R. 843 (Bankr. S.D.N.Y. 1993); *In re TIE Communications, Inc*., 154 B.R. 182 (Bankr. D. Del. 1993); *SIGA Techs., Inc. v. Pharmathene, Inc*., 132 A.3d 1108 (Del. 2015); *Soffer v. Bank of Nova Scotia*, No. 61762 (Nev. June 25, 2014); *IDT Corp. v. Tyco Group, S.A.R.L*., 13 N.Y.3d 209 (N.Y. 2009); *Brady v. State*, 965 P.2d 1 (Alaska 1998); *Green St. 2900 Inv'rs v. The St. Louis Woodworks*, 654 S.W.3d 380 (Mo. Ct. App. 2022); *Habu v. Topacio,* No. 79152-4-I (Wash. Ct. App. Feb. 3, 2020); *Ross v. Orion Fin. Grp., Inc*., No. M2018-00991-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Mar. 7, 2019); *James v. United Med. LLC*, C.A. No.: N16C-06-209 AML (Del. Super. Ct. Mar. 31, 2017*); RBC Capital Markets, LLC v. Highland Capital Mgmt*., L.P., No. 05-13-00948-CV (Tex. App. Dec. 4, 2015); *Outland Renewable Energy v. Siemens Energy*, No. A10-1663 (Minn. Ct. App. June 27, 2011); *Addy v. Piedmonte,* Civil Action No. 3571-VCP (Del. Ch. Mar. 18, 2009); *Barnes Robinson Co. v. Onesource Facility*, 195 S.W.3d 637 (Tenn. Ct. App. 2006); *Frankenbach v. Rose,* No. M2002-02073-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Feb. 3, 2004); *Johnson v. Lockhart*, No. M2002-00623-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Sep. 5, 2003); *Bank of Gleason v. Weakley,* No. W1999-02161-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. Apr. 27, 2000); *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc*., 26 S.W.3d 12 (Tex. App. 2000*); Calabro v. Calabro*, 15 S.W.3d 873 (Tenn. Ct. App. 2000); *Steinberg v. DiGeronimo*, 255 A.D.2d 204 (N.Y. App. Div. 1998); *Schwanbeck v. Federal-Mogul Corp*., 31 Mass. App. Ct. 390 (Mass. App. Ct.

	1991); *Noor Staffing Grp. v. Christoforou-Gioules*, 2022 N.Y. Slip Op. 31853 (N.Y. Sup. Ct. 2022); *Transit Funding Assocs. LLC v. Capital One Equip. Fin. Corp*., 2016 N.Y. Slip Op. 32688 (N.Y. Sup. Ct. 2016); *Snakepit Auto., Inc. v. Superformance Intl., LLC*, 2008 N.Y. Slip Op. 50683 (N.Y. Sup. Ct. 2008); *Azimut-Benetti S.P.A. v. Magnum Marine Corp*., 2007 N.Y. Slip Op. 32109 (N.Y. Sup. Ct. 2007); *2004 McDonald Ave. Rlty. v. 2004 McDonald Ave. Corp.,* 2007 N.Y. Slip Op. 52638 (N.Y. Sup. Ct. 2007); *Goodstein Constr. v. N Y City,* 145 Misc. 2d 870 (N.Y. Sup. Ct. 1989).
De Cicco v. Schweizer, 221 N.Y. 431 (N.Y. 1917)	Este caso ha sido citado 97 veces por otras cortes, entre ellas cabe mencionar brevemente: *People v. Spencer*, 66 Cal.2d 158 (Cal. 1967); *Fageol T. C. Co. v. Pacific Indemnity Co*., 18 Cal.2d 731 (Cal. 1941); *Brown Bros. Electrical Con. v. Beam Constr*, 51 A.D.2d 815 (N.Y. App. Div. 1976); *In re Teters,* 264 Cal.App.2d 816 (Cal. Ct. App. 1968); *Dreyer v. Dreyer,* 218 App. Div. 341 (N.Y. App. Div. 1926); *Comfort v. McCorkle*, 149 Misc. 826 (N.Y. Sup. Ct. 1933); *Ex Parte Simons*, 247 U.S. 231 (1918); *Brown v. N.Y.C. Dep't of Educ*., 755 F.3d 154 (2d Cir. 2014); *Young v. State of Maryland*, 455 F.2d 679 (4th Cir. 1972); *In re Gubelman*, 13 F.2d 730 (2d Cir. 1926); *U.S. v. Main Street Distributing Inc*., 700 F. Supp. 655 (E.D.N.Y. 1988); *Amberboy v. Societe de Banque Privee*, 831 S.W.2d 793 (Tex. 1992); *Arden v. Freydberg*, 9 N.Y.2d 393 (N.Y. 1961); *Laflamme v. Hoffman*, 148 Me. 444 (Me. 1953); *Matter of Phillips*, 293 N.Y. 483 (N.Y. 1944); *Joseph Lande Son, Inc. v. Wellsco Realty, Inc*., 131 N.J.L. 191 (N.J. 1943); *Smith et al. v. Farrington*, 139 Me. 241 (Me. 1942); *Weinberger v. Van Hessen*, 260 N.Y. 294 (N.Y. 1932); *Albany National Bank of Laramie v. Dodge*, 41 Wyo. 286 (Wyo. 1930); *Allegheny Col. v. Nat. Chautauqua Co. Bank*, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927); *Herr v. Herr*, 54 N.D. 930 (N.D. 1927); *McGovern v. City of New York*, 234 N.Y. 377 (N.Y. 1923); *Glanzer v. Shepard*, 233 N.Y. 236 (N.Y. 1922); *Dougherty v. Salt*, 227 N.Y. 200 (N.Y. 1919); *Seaver v. Ransom*, 224 N.Y. 233 (N.Y. 1918); *Brady v. Brady*, 179 A.D.3d 1552 (N.Y. App. Div. 2020); *Patterson v. Katt*, 791 S.W.2d 466 (Mo. Ct. App. 1990); *Johnson v. Johnson*, 33 A.D.2d 640 (N.Y. App. Div. 1969); *Zamiarski v. Kozial*, 18 A.D.2d 297 (N.Y. App. Div. 1963); *Matter of Fairbairn*, 265 App. Div. 431 (N.Y. App. Div. 1943); *Cady v. Cady*, 63 Ga. App. 191 (Ga. Ct. App. 1940); *Cohen v. White*, 254 App. Div. 647 (N.Y. App. Div. 1938); *McGovern v. City of New York*, 202 App. Div. 361 (N.Y. App. Div. 1922); *Newton v. Houston Hot Well Improvement*, 211 S.W. 960 (Tex. Civ. App. 1919); *Obrentz v. Wesenfeld*, 103 Misc. 664 (N.Y. App. Term 1918); *Jon v. Jon*, 20 N.Y.S.3d 292 (N.Y. Sup. Ct. 2015); *E.C. v. L.C.,* 2013 N.Y. Slip Op. 51628 (N.Y. Sup. Ct. 2013); *Banker's Trust v. Steenburn,* 95 Misc. 2d 967 (N.Y. Sup. Ct. 1978); *Young Founda. Corp. v. Ottaviano Inc*., 29 Misc. 2d 302 (N.Y. Sup. Ct. 1961); *Conklin v. Waldorf Astoria Corp*., 5 Misc. 2d 496 (N.Y. City Ct. 1957); *Matter of Peltz*, 14 Misc. 2d 18 (N.Y. Surr. Ct. 1957); *Sippell v. Hayes*, 189 Misc. 656 (N.Y. Sup. Ct. 1947*); First Trust Company of Albany v. Arnold,* 179 Misc. 349 (N.Y. Sup. Ct. 1942); *Fredenburg v. Fredenburg*, 159 Misc. 525 (N.Y. Sup. Ct. 1936); *Matter of Schweizer*, 153 Misc. 48 (N.Y. Misc. 1934); *Matter of Schweizer*, 153 Misc.

	48 (N.Y. Misc. 1934); *H. R. Moch Co. v. Rensselaer Water Co.,* 127 Misc. 545 (N.Y. Misc. 1926).
Chrysler Corp. v. Quimby, 51 Del. 264 (Del. 1958)	Seguido por *Paradee Oil Co., v. Phillips Pet. Co*., 320 A.2d 769 (Del. Ch. 1974); *Pharmathene v. Siga Technologies*, Civil Action No. 2627-VCP (Del. Ch. Sep. 22, 2011); *Lord v. Souder*, 748 A.2d 393 (Del. 2000); *Sun Life Assurance Co. of Canada v. U.S. Bank N.A.*, C.A. No. 17-75-LPS (D. Del. Dec. 30, 2019); *Whirpool Corp. v. U.M.C.O. Intern*., 748 F. Supp. 1557 (S.D. Fla. 1990); *Chilson v. Allstate Ins. Co*., 979 A.2d 1078 (Del. 2009); *Grand Ventures, Inc. v. Whaley*, 632 A.2d 63 (Del. 1993); *Farm Crop Energy v. Old National Bank*, 109 Wn. 2d 923 (Wash. 1988); *Eustice v. Rupert*, 460 A.2d 507 (Del. 1983); *BCD Assocs. v. Crown Bank,* C. A. N15C-11-062 EMD (Del. Super. Ct. May 2, 2022); *Sheets v. Quality Assured, Inc.*, C.A. No. N14C-03-010 VLM (Del. Super. Ct. Sep. 30, 2014).
Cosgrove v. Bartolotta, 150 F.3d 729 (7th Cir. 1998)	Este caso ha sido citado múltiples veces por otras Cortes en casos similares, así: *Kelly v. Cole,* Appeal No. 2016AP2245 (Wis. Ct. App. Nov. 14, 2017); *Handelsman v. Bedford Village Assoc,* 213 F.3d 48 (2d Cir. 2000); *GMAC Commercial Credit, LLC v. Dillard Dep't Stores, Inc*., 357 F.3d 827 (8th Cir. 2004); *Ferolie Corporation v. Advantage Sales Marketing, LLC,* No. 04 C 5425 (N.D. Ill. Oct. 25, 2004); *Byrd v. BP Expl. & Prod.,* Civil Action 1:22-00173-KD-MU-C (S.D. Ala. June 27, 2022); *Byrd v. BP Expl. & Prod*., Civil Action 1:22-00173-KD-MU-C (S.D. Ala. June 27, 2022); *McKeithen v. Wal-Mart Stores* E., Civil Action 1:22-00215-KD-MU (S.D. Ala. June 9, 2022). *Fed. Trade Comm'n v. Credit Bureau Ctr.,* 17 C 194 (N.D. Ill. Sep. 13, 2021). *Halfwassen Ilpk, LLC v. Inland Logistics Port-Kingsbury, LLC,* No. 3:14-CV-1852 (N.D. Ind. Feb. 18, 2015). *Stamper v. Wilson Associates, P.L.L.C.,* No. 3:09-cv-270 (E.D. Tenn. Mar. 31, 2010); *Bond v. Veolia Water Indianapolis, LLC,* 571 F. Supp. 2d 905 (S.D. Ind. 2008); *Turner Bros. Crane Rigging v. Kingboard Chem. Holding*, civil action No. 06-88-JVP-DLD (M.D. La. Aug. 21, 2007); *Perreault v. Prime Hospitality Group*, No. 1:06-cv-1099-DFH-WTL, CASE NO. 1:06-cv-1100-DFH-WTL (S.D. Ind. Sep. 8, 2006); *Route 18 Central Plaza, L.L.C. v. Beazer East, Inc.*, Civil Action No. 00-2436 (DRD) (D.N.J. Oct. 24, 2000); *JMTR Enters., LLC v. Duchin*, 42 F. Supp. 2d 87 (D. Mass. 1999); *Gullion v. Gullion*, 163 S.W.3d 888 (Ky. 2005); *Qi Qin v. Deslongchamps*, 31 F.4th 576 (7th Cir. 2022); *Elm Ridge Exploration Co. v. Engle*, 721 F.3d 1199 (10th Cir. 2013); *Dexia Credit Local v. Rogan*, 629 F.3d 612 (7th Cir. 2010); *Coons v. Industrial Knife Co., Inc*., 620 F.3d 38 (1st Cir. 2010); *Peters v. Astrazeneca* LP, 224 F. App'x 503 (7th Cir. 2007); *Hoagland v. Sandberg, Phoenix Von Gontard*, 385 F.3d 737 (7th Cir. 2004); *Rolling Greens MHP, L.P. v. Comcast SCH Holdings L.L.C.,* 374 F.3d 1020 (11th Cir. 2004); *Campbell v. Regal Assets, LLC,* 1:22-cv-00350-HAB-SLC (N.D. Ind. Oct. 7, 2022); *NovaTech Sols. v. Integration Partners Corp*., 18-cv-2037-bhl (E.D. Wis. Aug. 25, 2021); *Navigators Specialty Ins. Co. v. SVA Healthcare Servs*., 18-cv-1062-jdp (W.D. Wis. Feb. 25, 2020); *Metal Techs. of Ind. LLC v. ADA Sols., Inc.*, CAUSE NO.: 1:17-CV-466-PRC (N.D. Ind. Jan. 26, 2018); *Montgomery v.*

	Markel Int'l Ins. Co., 259 F. Supp. 3d 857 (N.D. Ill. 2017); *Bissonnette v. Podlaski*, CAUSE No. 1:15-cv-00334-RL-SLC (N.D. Ind. Nov. 12, 2015); *Montgomery v. Markel Int'l Ins. Co.*, 259 F. Supp. 3d 857 (N.D. Ill. 2017); *Bissonnette v. Podlaski*, CAUSE No. 1:15-cv-00334-RL-SLC (N.D. Ind. Nov. 12, 2015); *Metal Techs. of Ind. LLC v. ADA Sols.*, Inc., CAUSE NO.: 1:17-CV-466-PRC (N.D. Ind. Jan. 26, 2018); *Bissonnette v. Podlaski*, CAUSE NO. 1:15-cv-00334-RL-SLC (N.D. Ind. Nov. 12, 2015; *Pulsifer v. U.S. Bank, Nat'l Ass'n*, Bankruptcy Case No. 12-36562-svk (E.D. Wis. Sep. 23, 2014); *Kroll v. Ceva Freight, LLC*, 13 C 8651 (N.D. Ill. Jan. 6, 2014*); Keefe v. Simons* Case No. 13-cv-00931 (N.D. Ill. Jun. 25, 2013); *Smith v. United States*, No. 10-cv-536-DRH (S.D. Ill. Dec. 11, 2012); *Reimer-Becker v. Guar. Fin. Corp.*, Case No. 12-C-745 (E.D. Wis. Jul. 31, 2012); *Van De Laar v. Mol*, CAUSE NO. 1:12-CV-242 (N.D. Ind. Jul. 24, 2012); *Brauser Real Estate, LLC v. Meecorp Capital Mkts., LLC*, Civil Action No. 06-cv-01816 (SDW) (D.N.J. Mar. 30, 2012); *Passavant Mem'l Area Hosp. Ass'n v. Lancaster Pollard & Co*., No. 11-3116 (C.D. Ill. Jan. 20, 2012); *Passavant Mem'l Area Hosp. Ass'n v. Lancaster Pollard & Co*., No. 11-3116 (C.D. Ill. Jan. 20, 2012); *MTC Dev. Grp. LLC v. Lewis*, No. 11 C 7062 (N.D. Ill. Nov. 20, 2011); *Screeton v. Bayer Healthcare Pharmaceuticals, Inc*. (N.D.Ind. 2-18-2010); CAUSE No. 1:10-cv-35 (N.D. Ind. Feb. 18, 2010); *Buck v. Bayer Healthcare Pharmaceuticals, Inc.* (N.D.Ind. 2-18-2010); CAUSE No. 1:10-cv-36 (N.D. Ind. Feb. 18, 2010); *Masterspas, Inc. V. Master Pools Spas, LLC* (N.D.Ind. 7-8-2008); No. 1:08 CV 74 (N.D. Ind. July 8, 2008); *In re Repurchase Corporation*, No. 05 C 7075, Bankruptcy Case No. 04 B 32933 (N.D. Ill. Mar. 24, 2008); *Delphi Automotive Systems, LLC v. Segway Inc.*, 519 F. Supp. 2d 662 (E.D. Mich. 2007); *Knauf Realty, LLC v. Prudential Real Estate Affiliates, Inc.*, 486 F. Supp. 2d 855 (W.D. Wis. 2007); *Marion T, LLC v. Northwest Metals Processors*, Inc. (N.D.Ind. 2-2-2007); CAUSE No. 1:07-CV-3 (N.D. Ind. Feb. 2, 2007); *Johnson v. City of Prospect Heights*, No. 05 C 5715 (N.D. Ill. Oct. 27, 2006); *Grose v. CFN Investment Holdings LLC*, Cause No. 1:06-CV-168 (N.D. Ind. Apr. 26, 2006); *Culbertson v. Broviak*, Civil No. 05-404-GPM (S.D. Ill. Jan. 17, 2006); *Kenneth Heiting, Inc. v. Ossur North America, Inc.*, No. 03-C-1057 (E.D. Wis. Nov. 16, 2005); *Chico v. Miller*, 05 C 3101 (N.D. Ill. Oct. 19, 2005); *Rubio v. McAnally Enterprises, L.L.C.*, No. CIV 04-1409 BB/LCS (D.N.M. Apr. 19, 2005); *Tilzer v. Davis, Bethune Jones, LLC*, No. 03-2661-JWL (D. Kan. Apr. 15, 2004); *Allen v. Briley*, No. 02 C 7629 (N.D. Ill. Oct. 7, 2003); *Boyd Machine Repair Company, Inc. v. Freedman* (N.D.Ind. 2003); Cause No. 1:03-CV-57 (N.D. Ind. Mar. 7, 2003); *Ege International V. Case Corporation*, No. 98 C 3099 (N.D. Ill. May 3, 2001); *Jbg/Jer Shady Grove V. Eastman Kodak Company*, Civil Action No. AW-00-03292 (D. Md. Jan. 12, 2001); *Trademark Retail, Inc. v. Apple Glen Investors*, 196 F.R.D. 535 (N.D. Ind. 2000); *Grupo Dataflux v. Atlas Glob. Grp., L.P.*, 541 U.S. 567 (2004); *Sunny Handicraft (H.K.) Ltd. v. Envision This! LLC*, No. 21-1579 (7th Cir. May 4, 2023); *Epic Sys. v. Tata Consultancy Servs*., 980 F.3d 1117 (7th Cir. 2020); *Skyrise Constr. Grp. v. Annex Constr., LLC*, 956 F.3d 950 (7th Cir. 2020); *Milwaukee Ctr. for Indep., Inc. v. Milwaukee Health Care, LLC*, No. 18-3205 (7th Cir. July 8, 2019); *Hohman v. Eadie*, 894 F.3d 776 (6th Cir. 2018); *RTP*

	LLC V. ORIX Real Estate Capital, Inc., 827 F.3d 689 (7th Cir. 2016); *Taite v. Ramos*, 618 F. App'x 392 (10th Cir. 2015); *Estate of Snyder v. Julian*, 789 F.3d 883 (8th Cir. 2015); *Kane v. Lewis*, 604 F. App'x 229 (4th Cir. 2015); *Boumatic, LLC v. Idento Operations*, BV, 759 F.3d 790 (7th Cir. 2014); F*ellowes, Inc. v. Changzhou Xinrui Fellowes Office Equip. Co.*, 759 F.3d 787 (7th Cir. 2014); *Belk, Inc. v. Meyer Corp.*, 679 F.3d 146 (4th Cir. 2012); *Belk, Inc. v. Meyer Corp.*, U.S., No. 10-1664 (4th Cir. May 8, 2012); *Copeland v. Penske Logistics LLC*, 675 F.3d 1040 (7th Cir. 2012); *White Pearl Inversiones S.A. v. Cemusa, Inc.*, 647 F.3d 684 (7th Cir. 2011); *Delay v. Rosenthal Collins Group*, 585 F.3d 1003 (6th Cir. 2009); *Thomas v. Guardsmark, LLC*, 487 F.3d 531 (7th Cir. 2007); *Hicklin Eng'g, L.C. v. Bartell*, 439 F.3d 346 (7th Cir. 2006); *Pramco, LLC ex rel. CFSC Consortium, LLC v. San Juan Bay Marina, Inc.*, 435 F.3d 51 (1st Cir. 2006); *In re Cendant Corp. Sec. Litig.*, 404 F.3d 173 (3d Cir. 2005); *Factory Mutual Insurance v. Bobst Group USA, Inc.*, 392 F.3d 922 (7th Cir. 2004); *Mut. Assignment and Indemn. v. Lind-Waldock*, 364 F.3d 858 (7th Cir. 2004); *Lear Corp. v. Johnson Electric Holdings Ltd.*, 353 F.3d 580 (7th Cir. 2003); *Belleville Catering v. Champaign Mkt. Place*, 350 F.3d 691 (7th Cir. 2003); *Tango Music, LLC v. Deadquick Music, Inc.*, 348 F.3d 244 (7th Cir. 2003); *Homfeld II, L.L.C. v. Comair Holdings, Inc.*, 53 F. App'x 731 (6th Cir. 2002); *Marseilles Hydro Power, LLC v. Marseilles Land & Water Co.*, 299 F.3d 643 (7th Cir. 2002); *Wild v. Subscription Plus, Inc.*, 292 F.3d 526 (7th Cir. 2002); *Romo v. Gulf Stream Coach, Inc.*, 250 F.3d 1119 (7th Cir. 2001); *Saecker v. Thorie*, 234 F.3d 1010 (7th Cir. 2000); *Prudential Ins. Co. of America v. Athmer*, 178 F.3d 473 (7th Cir. 1999); *ZSC Nyack Hotel Fund LLC v. Duval & Stachenfeld, LLP*, 23 Civ. 3588 (PAE) (S.D.N.Y. May 2, 2023); *ZSC Nyack Hotel Fund LLC v. Duval & Stachenfeld, LLP*, 23 Civ. 3588 (PAE) (S.D.N.Y. May 2, 2023); *MSI Data LLC v. Fire Catt LLC, No. 23-CV-288-JPS* (E.D. Wis. Apr. 28, 2023); *HBC U.S. Holdings LLC v. Everest Indem. Ins. Co.*, 23 Civ. 2816 (AT) (S.D.N.Y. Apr. 6, 2023); *Series 2020A of Nahla Capital LLC v. Brody*, 22 Civ. 7122 (PAE) (S.D.N.Y. Mar. 17, 2023); *Circle Logistics Inc. v. First Brands Grp.*, 1:23-cv-00104-HAB-SLC (N.D. Ind. Mar. 15, 2023); *McAuley v. The Honey Pot Co.*, 23 Civ. 1986 (AT) (S.D.N.Y. Mar. 9, 2023); *Silony Med. Int'l, AG v. SWK Funding LLC*, 23 Civ. 1784 (AT) (S.D.N.Y. Mar. 3, 2023); *5Linx Holdings, Inc. v. Derenoncourt*, 1:22-cv-1243 (BKS/CFH) (N.D.N.Y. Jan. 30, 2023); *B.W.E & T.M.E. v. OptumRx, Inc.*, 22-cv-2152-DWD (S.D. Ill. Jan. 17, 2023); Reck-N-*Rack LLC v. Just Encase Prods.*, 22-cv-0503-bhl (E.D. Wis. Jan. 5, 2023); *Price v. Carri Scharf Trucking, Inc.*, No. 19-1162 (C.D. Ill. Jan. 4, 2023); *Travelers Cas. & Sur. Co. of Am. v. Duncan Interiors, Inc.*, 22 Civ. 10562 (AT) (S.D.N.Y. Dec. 30, 2022); *Garner v. Lake Cnty. Treasurer Peggy Katona*, 2:21-CV-250-TLS-APR (N.D. Ind. Dec. 12, 2022); *Elevation Health LLC v. BQC Glob. Supply*, 322 Civ. 10308 (PAE) (S.D.N.Y. Dec. 7, 2022); *Mid-American Salt, LLC v. Aegis Syndicate* 1225 At Lloyd's, 1:22-cv-00388-HAB-SLC (N.D. Ind. Nov. 7, 2022); *Ford v. Empress Ambulance Serv.*, 22 Civ. 8679 (PAE) (S.D.N.Y. Oct. 20, 2022); *Ford v. Empress Ambulance Serv.*, 22 Civ. 8679 (PAE) (S.D.N.Y. Oct. 14, 2022); *Certain Underwriters at Lloyd's London v. Jones*, No. 21-CV-1217-SMY (S.D.

	Ill. Sep. 27, 2022); *Mapes v. Cable One*, 2:22-cv-203-PPS-JEM (N.D. Ind. Sep. 13, 2022); *Bracken Data, Inc. v. Guel*, 22-cv-273 (N.D. Ill. Sep. 1, 2022); *Nat'l Sur. Corp. v. The Travelers Indem. Co. of Conn.*, 22 Civ. 6623 (AT) (S.D.N.Y. Aug. 19, 2022); *Bey v. Biden*, 2:22-CV-152-PPS-JEM (N.D. Ind. Aug. 1, 2022*); Luxwear Ltd. v. Adaptive Research & Dev. Grp.*, 22 Civ. 5458 (AT) (S.D.N.Y. July 8, 2022); *Tiffany B. v. Kijakazi*, 1:20-cv-02696-DLP-JMS (S.D. Ind. June 30, 2022); *Precision Med. Techs. v. Nexus Spine LLC*, 1:22-cv-00125-SLC (N.D. Ind. June 21, 2022); *Witmer v. Bates*, 3:22-cv-00317-LCB (N.D. Ala. June 14, 2022); *Antifun Ltd. v. Wayne Indus.*, 22 Civ. 57 (PAE) (S.D.N.Y. June 9, 2022); *Harmony Prima Lofts, LLC v. Great Am. All. Ins. Co.*, 1:22-cv-00401 (BKS/ATB) (N.D.N.Y. May 18, 2022); *Vazquez v. Amazon.com Servs*., CV 22-3056 PA (Ex) (C.D. Cal. May 9, 2022*); Ajna Living, LLC v. Dig. Accessories TCM*, 22-cv-3127 (PKC) (S.D.N.Y. Apr. 19, 2022); *Rodriguez v. Veridian Healthcare LLC*, 22 Civ. 2989 (AT) (S.D.N.Y. Apr. 13, 2022); Tblue Enters. v. Assisted Living Finders, LLC, 22 Civ. 311(PAE) (S.D.N.Y. Apr. 11, 2022); *Atlantis Worldwide LLC v. Expansion Med*., 21 Civ. 8184 (AT) (S.D.N.Y. Apr. 4, 2022); *Samuel v. Foremost Ins. Co.*, Civil Action 2:22-00130-KD-N (S.D. Ala. Mar. 31, 2022); *Holland v. Lions Gate Entm't Corp*., 21 Civ. 2944 (AT) (S.D.N.Y. Mar. 31, 2022); *Rivera-Umpierre v. BKH Acquisition Holdco* I, LLC, 22-cv-1667 (PKC) (S.D.N.Y. Mar. 8, 2022); *Kenshoo, Inc. v. Aragon Advert*., 22-cv-764 (BMC) (E.D.N.Y. Mar. 5, 2022); *Kenshoo, Inc. v. Aragon Adver., LLC*, 586 F. Supp. 3d 177 (E.D.N.Y. 2022); *Weston v. Foster*, No. 19-CV-1104-JPS (E.D. Wis. Feb. 1, 2022); *Luster v. JRE Fin*., 3:21-CV-00698-MAB (S.D. Ill. Jan. 27, 2022); *Plug Power Inc. v. Worthington Indus*., 1:21-cv-00946 (BKS/TWD) (N.D.N.Y. Jan. 27, 2022); *Newton v. Meyer*, 22 Civ. 540 (AT) (S.D.N.Y. Jan. 26, 2022); *Absolute Resolutions Invs. v. Citibank*, 22 Civ. 335 (PAE) (S.D.N.Y. Jan. 19, 2022); *Henry v. United States*, 18 C 2230 (N.D. Ill. Jan. 5, 2022); *J.P. Morgan Sec. v. Cresset Asset Mgmt*., 1:21-CV-02497 (N.D. Ill. Dec. 15, 2021); *Broadwall Mgmt. Corp. v. Affiliated FM Ins. Co*., 21 Civ. 10247 (PAE) (S.D.N.Y. Dec. 6, 2021); *312 E. Wis. Bldg., LLC v. Project Build Behavioral Health, LLC*, No. 21-CV-875 (E.D. Wis. Dec. 3, 2021); *Attia v. Ford Motor Co.*, Civil Action 1:21-00280-KD-N (S.D. Ala. Nov. 23, 2021); *Caldarola v. Verano Holdings, LLC*, 21 Civ. 8647 (PAE) (S.D.N.Y. Oct. 29, 2021); *Norman v. Nw. Ind.* CA, 2:21-CV-158-TLS-JEM (N.D. Ind. Oct. 19, 2021); *Series PC of HCI-Cerberus PCNY Owner LP v. Diamond Resorts Int'l Mktg.*, 21-cv-8374 (PKC) (S.D.N.Y. Oct. 12, 2021); *Paredes v. Aramark Mgmt. Servs. P'Ship*, 21 Civ. 2816 (PAE) (S.D.N.Y. Oct. 12, 2021); *Norman v. Nw. Ind.* CA, 2:21-CV-158-TLS-JEM (N.D. Ind. Oct. 1, 2021*); Cohen v. The ExecuSearch Grp*., 21 Civ. 7686 (PAE) (S.D.N.Y. Sep. 16, 2021); *PGGC Project LLC v. Press Glass NA, Inc.*, 21 Civ. 4947 (PAE) (S.D.N.Y. Sep. 15, 2021); *Honeywell Safety Prods. U.S. v. Studebaker Def. Grp.*, 21 Civ. 7484 (PAE) (S.D.N.Y. Sep. 10, 2021); *Williams v. Harris*, 21 Civ. 7370 (AT) (S.D.N.Y. Sep. 8, 2021); *Starr Indem. & Liab. Co. v. Point Ruston LLC*, No. C20-5539RSL (W.D. Wash. Aug. 5, 2021); *Endurance Assurance Corp. v. Whitlock & Shelton Construction, Inc.*, 19 Civ. 9796 (AT) (S.D.N.Y. July 15, 2021); *Corbin v. Fred Weber, Inc*., No. 3:21-CV-275-NJR (S.D. Ill. June 14,

	2021); *Magness Oil Co. v. Mountain Express Oil Co.*, No. 3:21-CV-03034 (W.D. Ark. May 19, 2021*); CHEB, LLC v. Nationwide Prop. & Cas. Ins. Co.*, No. 4:21-cv-00214-SGC (N.D. Ala. May 4, 2021); *Johnson v. Prisoner Transp. Servs*., No. 21-C-0254 (E.D. Wis. Apr. 28, 2021); *PCA-Corr., LLC v. Akron Healthcare LLC,* No. 1:20-cv-428 (S.D. Ohio Apr. 22, 2021); *Bridgestone Mgmt. v. Companion Life Ins. Co.*, No. 21-cv-379-pp (E.D. Wis. Apr. 16, 2021); *Pack v. Mast*, CAUSE No. 3:19-CV-501-PPS-MGG (N.D. Ind. Apr. 1, 2021); *Wragge v. Boeing Co.*, 532 F. Supp. 3d 616 (N.D. Ill. 2021); *Plaintiff A v. Defendant C*, 1:20-cv-04457 (N.D. Ill. Mar. 31, 2021); *One World, LLC v. Onoufriadis*, No. 20 Civ. 5802 (CM) (S.D.N.Y. Jan. 19, 2021); *Young v. Integrity Healthcare Cmtys., LLC*, 513 F. Supp. 3d 1043 (S.D. Ill. 2021); *Huston v. Sukhdev*, CAUSE NO.: 2:20-CV-481-PPS-JPK (N.D. Ind. Jan. 14, 2021); *Ramirez v. N & M Transfer Co.*, CAUSE NO.: 2:20-CV-213-JPK (N.D. Ind. Jan. 6, 2021); *Anderson v. Pathak*, 20 Civ. 11005 (AT) (S.D.N.Y. Jan. 5, 2021); *Greenberg v. Vector Media, LLC*, 20 Civ. 9853 (PAE) (S.D.N.Y. Nov. 24, 2020*); CareandWear II, Inc. v. Nexcha, L.L.C.*, 20-cv-8773 (AJN) (S.D.N.Y. Nov. 19, 2020); *JMG Grp. v. Sasso*, 20 Civ. 8520 (PAE) (S.D.N.Y. Nov. 4, 2020); *Holler v. Summit Mach. Tool LLC*, CAUSE NO.: 4:20-CV-81-PPS-JPK (N.D. Ind. Nov. 3, 2020); *Yun Chi v. Parajon*, 20 Civ. 9042 (PAE) (S.D.N.Y. Oct. 30, 2020); *Vilayvanh v. E. 111th St. Props., LLC*, 20-CV-7226 (VEC) (S.D.N.Y. Oct. 29, 2020); *Holbrook MFG LLC v. Rhyno Mfg. Inc.*, 497 F. Supp. 3d 319 (N.D. Ill. 2020); City of *Crown Point v. Pinnacle Treatment Ctrs., Inc.*, CAUSE NO.: 2:20-CV-359-PPS-JPK (N.D. Ind. Oct. 19, 2020); *Lattimer v. Nationwide Mut. Ins. Co.*, No. 3:20-cv-028 (S.D. Ohio Sep. 30, 2020*); Shanling Shui v. Prodigy Network, LLC*, 20-cv-7298 (PKC) (S.D.N.Y. Sep. 10, 2020*); Burlinski v. Top Golf U.S. Inc., No*. 19-cv-06700 (N.D. Ill. Sep. 3, 2020); *Hollowell v. Meijer Stores Ltd.*, CAUSE NO.: 2:19-CV-481-JTM-JPK (N.D. Ind. Aug. 25, 2020); *Jones v. Dollar*, CAUSE NO.: 2:20-CV-247-PPS-JPK (N.D. Ind. July 8, 2020); *Label Health, LLC v. United Am. Supply, LLC*, 20 Civ. 5161 (PAE) (S.D.N.Y. July 7, 2020); *E-Link Tech. v. Shenzhen Uni-Sun Elecs. Co.*, No. 20 C 00247 (N.D. Ill. July 6, 2020); *Wash. Mills Apartments II, Ltd. v. Ironshore Ins. Servs., LLC*, 20 Civ. 4773 (PAE) (S.D.N.Y. June 24, 2020); *United Steel v. ArcelorMittal U.S.*, Cause NO.: 2:19-CV-360-TLS-JEM (N.D. Ind. May 13, 2020); *Alkholi v. Macklowe Inv. Props*., 17-cv-16 (PKC) (S.D.N.Y. Apr. 29, 2020); *Johnson v. Centrome, Inc.*, CAUSE NO.: 2:20-CV-165-PPS-JPK (N.D. Ind. Apr. 27, 2020); *Brundidge v. Brim Props., LLC*, No. 2:19-cv-00291-RJS-PMW (D. Utah Apr. 20, 2020); *PHH Mortg. Corp. v. 21 Asset Mgmt. Holding*, 20 cv. 2561 (PKC) (S.D.N.Y. Mar. 26, 2020); *Equity Tr. Co. v. Windwrap, LLC*, 449 F. Supp. 3d 763 (N.D. Ill. 2020); *TLF CBRL LLC v. Generale*, 20 cv. 2367 (PKC) (S.D.N.Y. Mar. 17, 2020); *Gray v. Extended Stay Am., Inc.*, No. 2:19-cv-01269-MCE-EFB (E.D. Cal. Mar. 16, 2020); *Navigators Specialty Ins. Co. v. SVA Healthcare Servs.*, 18-cv-1062-jdp (W.D. Wis. Mar. 13, 2020); *Nitrous Funding, LLC v. Cardinal Equity, LLC*, 20 Civ. 2216 (PAE) (S.D.N.Y. Mar. 13, 2020); *Baker v. TA Operating LLC*, Cause NO.: 2:20-CV-66-JTM-JPK (N.D. Ind. Mar. 6, 2020); *Danusiar v. Auditchain USA, Inc.*, 20-cv-1477 (PKC) (S.D.N.Y. Feb. 21, 2020); *Baker v. TA Operating LLC*, CAUSE

	NO.: 2:20-CV-66-JTM-JPK (N.D. Ind. Feb. 20, 2020); *Horne v. Krecker*, Cause NO.: 2:20-CV-71-TLS-JPK (N.D. Ind. Feb. 19, 2020); *Rohl v. Medicus Healthcare Sols., LLC*, CAUSE NO.: 2:20-CV-46-TLS-JPK (N.D. Ind. Feb. 5, 2020); *Jenkins v. ArcelorMittal USA LLC*, Cause NO.: 2:20-CV-35-JTM-JPK (N.D. Ind. Jan. 30, 2020); *Saenz v. Jones*, Cause NO.: 2:19-CV-507-PPS-JPK (N.D. Ind. Jan. 30, 2020); *Melton v. City of Gary*, Cause NO.: 2:17-CV-93-TLS-JPK (N.D. Ind. Jan. 29, 2020); *Schobert v. Colonnade Senior Dev., LLC*, No. 19-cv-1324-RJD (S.D. Ill. Jan. 29, 2020); *Gossip SRL v. Dragone, LLC*, 20 cv. 0708 (PKC) (S.D.N.Y. Jan. 28, 2020); *Eastgate Invs. I, LLC v. MW Builders, Inc.*, Cause NO.: 2:19-CV-304-JTM-JPK (N.D. Ind. Jan. 17, 2020); *Doles v. Amazon.com Servs*., No. 2:20-cv-8 (N.D. Ind. Jan. 15, 2020); *Saenz v. Jones*, CAUSE NO.: 2:19-CV-507-PPS-JPK (N.D. Ind. Jan. 15, 2020); *Talon Prof'l Servs. v. CenterLight Health Sys.* 20 Civ. 0078 (PAE) (S.D.N.Y. Jan. 7, 2020); *Berkshire Hathaway Homestate Ins. Co. v. Chi. Metro. Hosp., LLC*, 430 F. Supp. 3d 553 (N.D. Ill. 2020); *Freer v. Walker*, No. 19-CV-1592-JPS (E.D. Wis. Dec. 27, 2019); *Asesoral Bus. Partners, LLC v. Seatech Worldwide Corp.*, 19-cv-11512 (AJN) (S.D.N.Y. Dec. 19, 2019); *Dolgen Corp. v. Werner Enters.*, CIVIL ACTION No. 1:19-01019-N (S.D. Ala. Nov. 26, 2019); *Chi v. Pavilion*, 19 Civ. 5698 (LLS) (S.D.N.Y. Nov. 22, 2019); *Nelson v. Diversified Logistics Servs.*, CAUSE NO.: 2:19-CV-434-TLS-JPK (N.D. Ind. Nov. 20, 2019); *IUE-CWA, Local 901 v. Spark Energy, LLC*, No. 1:19-cv-00389-HAB-SLC (N.D. Ind. Oct. 16, 2019); *Hanson v. Tr. Transp., LLC*, CAUSE NO.: 4:19-CV-78-JPK (N.D. Ind. Oct. 15, 2019); *EMR (U.S. Holdings); Inc. v. Goldberg*, 18 Civ. 07849 (ER) (S.D.N.Y. Sep. 27, 2019); *Nichols v. Just US JJ-1, LLC*, CAUSE NO.: 2:19-CV-206-JPK (N.D. Ind. Sep. 26, 2019); *Guerra v. Lowe's Home Ctrs. LLC*, CAUSE NO.: 4:19-CV-75-TLS-JPK (N.D. Ind. Aug. 15, 2019); *Merchants Bonding Co. v. Midwest Express, Inc*., CAUSE NO.: 2:18-CV-75-TLS (N.D. Ind. Aug. 13, 2019); *Integra Healthcare, S.C. v. APP of Ill. HM, PLLC*, No. 18 C 3589 (N.D. Ill. Aug. 9, 2019); *Garcia v. CVS Pharmacy, Inc*., CAUSE NO.: 2:19-CV-268-JVB-JPK (N.D. Ind. Aug. 5, 2019); *Harris v. Cent. States Pension Fund*, CAUSE NO.: 1:18-CV-284-TLS (N.D. Ind. Aug. 5, 2019); *Battle v. Outback Steakhouse of Fla., LLC*, CAUSE NO.: 2:19-CV-141-JTM-JPK (N.D. Ind. July 22, 2019); *Siddique v. Laliberte*, No. 15-CV-1-JPS (E.D. Wis. July 16, 2019); *Harris v. Cent. States Se. & Sw. Areas Health & Welfare & Pension Fund*, No. 18-CV-1411-JPS (E.D. Wis. July 16, 2019); *Poff v. Schettle*, No. 15-CV-954-JPS (E.D. Wis. July 16, 2019); *Sabeehullah v. Fairlife, LLC*, CAUSE NO.: 2:19-CV-00222-TLS-JPK (N.D. Ind. July 12, 2019); *Minton v. Poe Hto*, CAUSE NO.: 4:19-CV-59-TLS-JPK (N.D. Ind. June 13, 2019); *Pierce v. Ocwen Loan Servicing LLC*, 1:18-cv-01466 (BKS/CFH) (N.D.N.Y. June 3, 2019); *Hastings Mut. Ins. Co. v. GSI Grp., LLC*, CAUSE NO.: 4:19-CV-47-TLS-JPK (N.D. Ind. May 31, 2019); *Grant v. Litscher*, No. 18-cv-379-pp (E.D. Wis. May 15, 2019); *Tanner v. Heffernan Ins. Brokers, Inc*., 6:19-cv-00255(BKS/TWD) (N.D.N.Y. Apr. 24, 2019); *Epic Sys. Corp. v. Tata Consultancy Servs. Ltd*., 14-cv-748-wmc (W.D. Wis. Mar. 22, 2019); *Cole v. Meeks*, No. 15-1292 (C.D. Ill. Mar. 1, 2019); *Capitol Indem. Corp. v. BES Design/Build LLC*, CIVIL ACTION No. 1:18-00537-N (S.D. Ala. Feb. 20,

	2019); *O'Mara v. Scales Plumbing Co.,* No. 4:18-cv-00096-SNLJ (E.D. Mo. Nov. 29, 2018); *Winters v. Covenant Care Marion LLC*, CASE NO: 1:18-cv-00370-WCL-SLC (N.D. Ind. Nov. 29, 2018); *Aviv v. Brainard*, 18-cv-5088 (PKC) (S.D.N.Y. Nov. 1, 2018); *Apex Colors, Inc. v. Chemworld Int'l Ltd*., CAUSE NO.: 2:14-CV-273-PRC (N.D. Ind. Oct. 31, 2018); *Durbin v. Welcov Healthcare, LLC*, CV-17-62-GF-BMM (D. Mont. Oct. 9, 2018); *Quintana v. Redbone Express, LLC,* CASE NO: 1:18-cv-00270-TLS-SLC (N.D. Ind. Sep. 13, 2018); *Am. Builders Ins. Co. v. Adams Homes, LLC,* CIVIL ACTION No. 1:18-00377-N (S.D. Ala. Sep. 5, 2018); *Conrad v. Bevin,* Civil No. 3:17-CV-00056-GFVT (E.D. Ky. May 17, 2018); *Cherry v. Eckstein*, No. 16-C-1606 (E.D. Wis. Apr. 6, 2018); *Brown v. Kamphuis*, No. 17-cv-142-pp (E.D. Wis. Mar. 30, 2018); *Williams v. Swenson*, No. 14-C-1594 (E.D. Wis. Mar. 19, 2018); *Williams v. Ortiz*, No. 14-C-792 (E.D. Wis. Feb. 28, 2018*); Cori v. Martin*, No. 17-cv-590-DRH-RJD (S.D. Ill. Feb. 1, 2018); *Scanwell Logistics (Chi.) Inc. v. VIS, LLC,* No. 17 C 5647 (N.D. Ill. Dec. 20, 2017); *Rockford Mut. Ins. Co. v. L.P. Partners Ltd. P'ship*, CAUSE No. 3:17-CV-631-PPS-MGG (N.D. Ind. Oct. 11, 2017); *Kerr v. Schmidt*, No. 16-CV-1614-pp (E.D. Wis. Aug. 24, 2017*); Nanshan Am. Advanced Aluminum Techs., LLC v. Nemick*, No. 4:13-CV-078 JD (N.D. Ind. Aug. 4, 2017); *Schmitz v. Reid Indus. LLC*, No. CV 17-82-H-SEH (D. Mont. July 14, 2017); *Maher v. Tex. Roadhouse Mgmt. Corp.*, 262 F. Supp. 3d 772 (W.D. Wis. 2017); *Casa Design, Inc. v. Alacran Contracting, LLC*, CIVIL ACTION No. 17-00216-KD-N (S.D. Ala. May 15, 2017); *Lopez v. Overtime 1st Ave. Corp.*, 252 F. Supp. 3d 268 (S.D.N.Y. 2017); *SFF-Tir, LLC v. Stephenson*, No. CIV 14-0369 JB/FHM (N.D. Okla. Apr. 25, 2017); *Higbee Salva, L.P. v. 212-3 E. Shore Holdings, LLC*, CIVIL ACTION No. 17-00164-N (S.D. Ala. Apr. 19, 2017); *Damian v. Carey*, No. 15 C 4335 (N.D. Ill. Mar. 30, 2017); *Motorists Mut. Ins. Co. v. Elite Home Prods., LLC*, CASE NO: 1:17-cv-00084-JTM-SLC (N.D. Ind. Mar. 9, 2017); *Omnisource Elecs. Recycling, LLC v. PC Rebuilders & Recyclers, LLC*, CAUSE No. 1:17-cv-00027-TLS-SLC (N.D. Ind. Feb. 7, 2017); *Westfield Ins. Co. v. Windsor Homes, Inc.*, CAUSE No. 1:17-cv-00042-PPS-SLC (N.D. Ind. Feb. 3, 2017); *Design Basics LLC v. Best Built Inc*., No. 14-C-597 (E.D. Wis. Jan. 13, 2017); *Premier Truck Rental, LLC v. One Source T&D, LLC,* CAUSE No. 1:17-cv-00008-JVB-SLC (N.D. Ind. Jan. 11, 2017); *Ratner Steel Supply Co. v. Running Cool Express LLC*, CASE NO: 1:16-cv-00409-RL-SLC (N.D. Ind. Dec. 9, 2016); *Turner v. PRG Grp., LLC,* No. CV 16-54-BU-SEH (D. Mont. Dec. 5, 2016); *Tradesmen Int'l, LLC v. JVC Coatings & Fabrication, LLC*, CIVIL ACTION No. 16-00590-N (S.D. Ala. Nov. 29, 2016); *Powell-Christensen, Inc. v. Irely LLC*, CASE NO: 1:16-cv-00341-PPS-SLC (N.D. Ind. Sep. 23, 2016); *Taylor v. Power Distrib., LLC*, CAUSE NO: 3:16-cv-41-MGG (N.D. Ind. Sep. 12, 2016); *Wolfe v. Advocating Health, LLC,* CAUSE No. 3:15-CV-424-TLS-MGG (N.D. Ind. Sep. 7, 2016); *Jenkins v. Burkey*, No. 16-792 JPG/SCW (S.D. Ill. Aug. 29, 2016); *Jenkins v. Burkey*, No. 16-792 JPG/SCW (S.D. Ill. Aug. 8, 2016); *Mid-Am. Salt LLC v. Bob & Dave's Lawn & Landscape Maint., Inc.*, CASE NO: 1:16-cv-00285-TLS-SLC (N.D. Ind. July 22, 2016); *Avant Capital Partners, LLC v. W108 Dev. LLC*, 387 F. Supp. 3d 320 (S.D.N.Y. 2016); *Keith v. EAN Holdings,*

	LLC, No. 16 C 4610 (N.D. Ill. Apr. 29, 2016); *United States v. Davis*, No. 11-cr-63-pp-6 (E.D. Wis. Apr. 1, 2016); *European Cellars, LLC v. L'Eft Bank Wine Co.*, No. 16-C-189 (E.D. Wis. Feb. 23, 2016); *Ankor E&P Holdings Corp. v. Yazoo Venture, LLC*, CIVIL ACTION No. 16-00049-CB-N (S.D. Ala. Feb. 18, 2016); *Owl Crest, Inc. v. Allstate Ins. Co.*, CASE NO: 1:16-cv-00065-RL-SLC (N.D. Ind. Feb. 17, 2016); *Ankor E&P Holdings Corp. v. Craft Operating Co.*, CIVIL ACTION No. 16-00048-CB-N (S.D. Ala. Feb. 3, 2016); *CRST Specialized Transp., Inc. v. Five Star Logistics, LLC*, CASE NO: 1:16-cv-00034-JTM-SLC (N.D. Ind. Jan. 28, 2016); *Global Archery Prods., Inc. v. Firgaira*, CAUSE No. 1:16-cv-00019-JVB-SLC (N.D. Ind. Jan. 27, 2016); *Runzheimer Int'l Ltd. v. ADT, LLC*, No. 16-C-68 (E.D. Wis. Jan. 22, 2016); *Excel Enteprise, LLC v. Winona PVD Coatings, LLC*, CAUSE No. 1:16-cv-0016-TLS-SLC (N.D. Ind. Jan. 19, 2016); *Acuity, Ins. Co. v. Contemporary Energy Solutions, LLC*, No. 15 C 10599 (N.D. Ill. Dec. 3, 2015); *Westfield Nat'l Ins. Co. v. Tippman Props., Inc.*, No. 1:15-cv-00351-TLS-SLC (N.D. Ind. Dec. 2, 2015); *Calhoun v. Wal-Mart Stores E., LP*, Cause No. 1:15-cv-00324-JVB-SLC (N.D. Ind. Nov. 4, 2015); *Abano v. Ocwen Loan Servicing, LLC*, 2:15-cv-06268-SVW-AFM (C.D. Cal. Oct. 13, 2015); *Brokaw v. Boeing Co.*, 137 F. Supp. 3d 1082 (N.D. Ill. 2015); *Avery v. City of Milwaukee*, No. 11-C-408 (E.D. Wis. Sep. 29, 2015); *Tatum ex rel. African Americans v. United States*, No. 15-CV-453 (E.D. Wis. Sep. 17, 2015); *Burgos v. Image First of California, LLC*, CV 15-5086 PA (JEMx) (C.D. Cal. Sep. 9, 2015); *Cherry v. Emid, LLC*, CASE NO: 1:15-cv-00241-JVB-SLC (N.D. Ind. Sep. 2, 2015); *Xerox Corp. v. Access Print & Copy, LLC*, CV 15-2765 PA (PJWx) (C.D. Cal. Aug. 27, 2015); *Univalor Trust, SA v. Columbia Petroleum, LLC*, CIVIL ACTION No. 15-00414-N (S.D. Ala. Aug. 17, 2015); *Rorick v. Hardi N. Am., Inc.*, CAUSE No. 1:14-cv-204-WCL-SLC (N.D. Ind. Aug. 7, 2015); *Young v. Med. Informatics Eng'g, Inc.*, CAUSE No. 1:15-cv-00197-WCL-SLC (N.D. Ind. Aug. 3, 2015); *Burk v. Trading Place, LLC*, CAUSE No. 1:15-cv-00191-JTM-SLC (N.D. Ind. July 28, 2015); *Keshock v. Metabowerke GmbH*, Civil Action No. 15-00345-N (S.D. Ala. July 20, 2015); *Kurnoskin v. Reinhart Transp. LLC*, No. 1:14 CV 406 (N.D. Ind. July 15, 2015); *Drumm v. Am. Family Mut. Ins. Co.*, CASE NO: 1:15-cv179-JTM-SLC (N.D. Ind. July 10, 2015); *Baymont Franchise Systems, Inc. v. Calu Hospitality, LLC*, 113 F. Supp. 3d 1000 (N.D. Ill. 2015); *Swanson v. Arbonne Int'l, LLC*, CASE NO: 1:15-cv-158-JD-SLC (N.D. Ind. July 7, 2015); *Tower Props. LLC v. Vill. of Highland Falls*, 14-cv-04502 (NSR) (S.D.N.Y. July 6, 2015); *Knott v. Caliber Home Loans Inc.*, CV 15-4752 PA (JPRx) (C.D. Cal. June 26, 2015); *Swanson v. Arbonne Int'l*, LLC, CASE NO: 1:15-cv-158-JD-SLC (N.D. Ind. June 25, 2015); *Polyone Corp. v. Lu*, No. 14 CV 10369 (N.D. Ill. June 25, 2015); *Tillman v. Nestle Purina Petcare, Co.*, No. 4:15CV979 CDP (E.D. Mo. June 24, 2015); *Lightspeed Media Corp. v. Smith*, No. 3:12-cv-889-DRH-SCW (S.D. Ill. June 5, 2015); *Schram v. Fid. Nat'l Title Co.*, CASE NO: 1:15-cv-131-JTM-SLC (N.D. Ind. May 29, 2015); *Staples v. Bayer Healthcare Pharms., Inc.*, CAUSE No. 1:15-CV-127-JVB-SLC (N.D. Ind. May 28, 2015); *Property-Owners Ins. Co. v. Virk Boyz Liquor Stores, Inc.*, CASE NO: 1:15-cv-87-PPS-SLC (N.D. Ind. May 18, 2015); *Whitley Mfg., Inc. v. Synergy Bldg.*

	Solutions & Logistics, LLC, CASE NO: 1:15-cv-95 (N.D. Ind. Apr. 23, 2015); *Mattress Warehouse v. Doe*, CASE NO: 1:15-cv-91 (N.D. Ind. Apr. 20, 2015); *DC Liquidators, LLC v. Warehouse Equip. Specialists, LLC*, No. 14 C 7222 (N.D. Ill. Mar. 27, 2015); *Bd. of Comm'rs of the Cnty. of Lagrange v. LPS Real Estate Data Solutions, Inc.*, CAUSE No. 1:15-CV-57 (N.D. Ind. Mar. 26, 2015); *Day v. U.S. Bank, National Association*, CV 15-2037 PA (ASx) (C.D. Cal. Mar. 24, 2015); *Griffin v. Hafemann*, No. 15-C-140 (E.D. Wis. Mar. 18, 2015); *Hanson ex rel. Rerc, LLC v. Riggs*, No. 14 C 6051 (N.D. Ill. Mar. 17, 2015); *Advanced Critical Devices, Inc. v. Promex Techs., LLC*, CAUSE No. 1:15-CV-48 (N.D. Ind. Feb. 18, 2015); *Lopez v. TPS Parking Management, LLC*, 2:14-cv-08949-SVW-JPR (C.D. Cal. Feb. 12, 2015); *Waterfurnace Int'l, Inc. v. B&S Sheet Metal Mech., Inc*., CAUSE No. 1:15-CV-8 (N.D. Ind. Feb. 5, 2015); *Waterfurnace Int'l, Inc. v. B&S Sheet Metal Mech., Inc.*, CAUSE No. 1:15-CV-8 (N.D. Ind. Jan. 29, 2015); *Kurnoskin v. Reinhart Transp. LLC*, CAUSE No. 1:14-CV-406 (N.D. Ind. Jan. 26, 2015); *In re Sharon C. Ward. Credit Solutions*, No. 14-CV-882-JPS (E.D. Wis. Jan. 23, 2015); *Waterfurnace Int'l, Inc. v. B&S Sheet Metal Mech., Inc.*, CAUSE No. 1:15-CV-8 (N.D. Ind. Jan. 15, 2015); *McCawley v. Eckert Seamans Cherin and Mellott, LLC*, CV 15-223 PA (FFMx) (C.D. Cal. Jan. 13, 2015); *Bonar v. Intercon Carriers, L.C.*, CAUSE No. 1:14-CV-402 (N.D. Ind. Jan. 6, 2015); *Kurnoskin v. Reinhart Transp. LLC*, CAUSE No. 1:14-CV-406 (N.D. Ind. Jan. 5, 2015); *Ryckeghem v. Wells Fargo Bank, N.A.*, CV 14-9008 PA (MRWx) (C.D. Cal. Jan. 2, 2015); *Orchard Glen Venture v. Hill*, No. 14-cv-05486 NC (N.D. Cal. Dec. 31, 2014*); Ramos v. Lumiere Indus., LLC*, 1:14-cv-2073-JMS-DKL (S.D. Ind. Dec. 22, 2014); *Herrerra v. Bombardier Aeropace Corp*., CV 14-9403 PA (JCx) (C.D. Cal. Dec. 9, 2014); *Lyons v. Jacko*, Cause No. 1:14-cv-376 (N.D. Ind. Dec. 1, 2014); *DC Liquidators, LLC v. Warehouse Equipment Specialists, LLC*, 66 F. Supp. 3d 1138 (N.D. Ill. 2014); *Atl. Cas. Ins. Co. v. City Builders Contractors, Inc.*, No. 14 C 8987 (N.D. Ill. Nov. 25, 2014); *Banks v. Janssen Research & Dev. LLC*, CIVIL ACTION No. 14-00522-KD-N (S.D. Ala. Nov. 19, 2014*); Smith v. Ocwen Loan Servicing, LLC*, ED CV 14-2208 PA (KKx) (C.D. Cal. Oct. 29, 2014); *Smith v. Covidien, LLC*, CAUSE No. 1:14-CV-326 (N.D. Ind. Oct. 21, 2014); *Lansing v. Carroll*, 71 F. Supp. 3d 765 (N.D. Ill. 2014); *Halperin v. International Web Services, LLC*, 70 F. Supp. 3d 893 (N.D. Ill. 2014); *Prestone Prods. Corp. v. South/Win, Ltd.*, No. 13 C 1853 (N.D. Ill. Sep. 26, 2014); *Tony & Stan, LLC v. Fid. Nat'l Ins. Co.*, CAUSE No. 1:14-CV-296 (N.D. Ind. Sep. 25, 2014); *Team Sys. Int'l, LLC v. Haozous*, No. CIV-14-1018-D (W.D. Okla. Sep. 23, 2014); *Nimbus Data Systems, Inc. v. Modus LLC*, No. 14-cv-04192 NC (N.D. Cal. Sep. 22, 2014); *CCT Enters., LLC v. Kriss USA, Inc.*, CAUSE No. 1:14-CV-249 (N.D. Ind. Aug. 15, 2014); *Banga v. Equifax Information Services LLC*, No. 14-cv-03038 NC (N.D. Cal. Aug. 11, 2014); *Merry Gentleman, LLC v. George & Leona Prods., Inc*., 13 C 2690 (N.D. Ill. Aug. 1, 2014); *Weigand Constr. Co. v. Wortman Bros., LLC*, CASE NO: 1:14-cv-210 (N.D. Ind. July 15, 2014); *Gen. Elec. Capital Corp. v. Gen. Inv., LLC*, CAUSE No. 1:14-CV-203 (N.D. Ind. July 14, 2014); *Jordan v. Donahoe*, No. 14-0009-DRH (S.D. Ill. July 10, 2014*); Gen. Elec. Capital Corp. v. Gen. Inv., LLC*, CAUSE No. 1:14-CV-

	203 (N.D. Ind. July 8, 2014); Watkins v. Trust Under Will of William Marshall *Bullitt by & Through Its Tr., PNC Bank, N.A.*, CIVIL ACTION No. 3:13-CV-01113-TBR (W.D. Ky. July 1, 2014); *Falconpoint Unlimited, LLC v. Senn*, No. 14-cv-02342 NC (N.D. Cal. June 27, 2014); *Euro Wall Sys., LLC v. Reflection Window Co.*, No. 14 C 4621 (N.D. Ill. June 27, 2014); *Great American Insurance Group v. TG Associates, LLC*, No. 14-cv-01546 NC (N.D. Cal. June 24, 2014); *Miro Advisory Servs., Ltd. v. D.A. Davidson & Co.*, No. 14-cv-01618 NC (N.D. Cal. June 24, 2014); *Senator Hotel Development Co. v. Travelers Property Casualty Co. of America*, No. 14-cv-00714 NC (N.D. Cal. May 22, 2014); *Perlman v. Stonemor Partners LP*, No. 14-cv-01168 NC (N.D. Cal. May 16, 2014); *Robison v. Garden Ridge, L.P.*, No. CIV-14-481-D (W.D. Okla. May 16, 2014); *Loewe v. Cross*, No. 11-1008-DRH-DGW (S.D. Ill. May 12, 2014); *Loeb Fin. Servs., LLC v. Plastic Sys., LLC*, No. 14 C 2214 (N.D. Ill. May 12, 2014); *Hopkins v. Milwaukee Secure Det. Facility*, No. 13-CV-1019 (E.D. Wis. Apr. 28, 2014); *Harley-Davidson Inc. v. Hartford Accident & Indem. Co.*, No. 12-C-691 (E.D. Wis. Apr. 3, 2014); *Buitron v. Holder*, Civil No. 13-0974-DRH (S.D. Ill. Mar. 14, 2014); *Alvarez & Marshal Global Forensic & Dispute Servs., LLC v. Cohen-Cole*, 14 Civ. 290 (JPO) (S.D.N.Y. Feb. 19, 2014); *Diablo Media, LLC v. Reply! Inc.*, No. 13-cv-05382 NC (N.D. Cal. Feb. 13, 2014); *Intra Am. Metals, Inc. v. Certain Underwriters at Lloyd's London*, No. 1:13-cv-01117-SEB-MJD (S.D. Ind. Feb. 7, 2014); *Klaybor v. Flowers Baking Co. of Batesville, LLC*, No. 14-cv-95-JPG-DGW (S.D. Ill. Feb. 7, 2014); *Diamos v. Specialized Loan Servicing, LLC*, No. 13-cv-04997 NC (N.D. Cal. Feb. 5, 2014); *Diamos v. Specialized Loan Servicing, LLC*, No. 13-cv-04997 NC (N.D. Cal. Jan. 31, 2014); *Everson v. City of Weyauwega*, No. 12-C-0857 (E.D. Wis. Jan. 14, 2014); *Lazarte v. Velocity Express*, No. 13-cv-05654 NC (N.D. Cal. Dec. 31, 2013); *Efk Investments, LLC v. Golden Eagle Insurance Corporation*, 13-cv-05910 NC (N.D. Cal. Dec. 26, 2013); *Briggs & Morgan, P.A. v. Manley Toys Ltd.*, No. 13-MC-65 (E.D. Wis. Nov. 27, 2013); *Rouben v. Parkview Hosp., Inc.*, CAUSE NO: 1:10-CV-397 (N.D. Ind. Nov. 8, 2013); *UFP Ventures II, Inc. v. Viking Polymers, LLC*, 13-cv-586-bbc (W.D. Wis. Nov. 7, 2013); *Legacy Franchise Grp. LLC v. Break of Day, Inc.*, 13-cv-604-bbc (W.D. Wis. Nov. 7, 2013); *Carroll-Bey v. Cross*, No. 10-01040-DRH (S.D. Ill. Nov. 5, 2013); *Hotz v. Pierce*, Civil No. 3:08-cv-850-DRH (S.D. Ill. Nov. 4, 2013); *Ritchie Capital Mgmt., L.L.C. v. Fredrikson & Byron P.A.*, 980 F. Supp. 2d 1010 (N.D. Ill. 2013); *Mortg. Servs. III, LLC v. Customers Bank*, 13-1329 (C.D. Ill. Oct. 29, 2013); *Walker v. Wis. Dep't of Corr.*, No. 13-CV-00003 (E.D. Wis. Oct. 23, 2013*); Avery v. Pagel*, No. 12-CV-00192 (E.D. Wis. Oct. 9, 2013); *Meyer Natural Foods, LLC v. Freeman*, No. CIV-12-1329-D (W.D. Okla. Sep. 30, 2013); *Freeman v. Premium Natural Beef, LLC*, No. CIV-12-1390-D (W.D. Okla. Sep. 26, 2013); *Reeves v. SmithKline Beecham Corp.*, 13-cv-677-DRH-DGW (S.D. Ill. Sep. 25, 2013); *Dugas-Filippi v. JP Morgan Chase & Co.*, 971 F. Supp. 2d 802 (N.D. Ill. 2013); *Costanza v. Menard, Inc.*, CAUSE No. 1:13-CV-260 (N.D. Ind. Sep. 4, 2013); *Columbia Nat'l Ins. Co. v. O.M.J.C. Signal, Inc.*, (N.D. Ill. Aug. 21, 2013); *Von Deauxplette v. Nyhus*, 13-cv-567-bbc (W.D. Wis. Aug. 19, 2013); *Alexin, LLC v. Olympic Metals, LLC*, CAUSE No. 1:13-

	CV-230 (N.D. Ind. Aug. 8, 2013); *H.C. Duke & Son, LLC v. Prism Mktg. Corp.*, No. 11-4006 (C.D. Ill. July 25, 2013); *Vazquez v. J.P. Morgan Chase Bank*, No. 13 C 4749 (N.D. Ill. July 10, 2013); *Fifth Third Bank v. McIntyre*, CIVIL ACTION No. 13-111-KSF (E.D. Ky. July 8, 2013); *Dean v. Riverport Ins. Co.*, No. 13 C 4829 (N.D. Ill. July 8, 2013); *Alexin, LLC v. Olympic Metals, LLC*, CAUSE No. 1:13-CV-207 (N.D. Ind. July 2, 2013); *State Farm Fire & Cas. Co. v. Gen. Motors LLC*, CAUSE No. 1:13-CV-184 (N.D. Ind. June 11, 2013); *Principle Solutions LLC v. Feed Ing BV*, No. 13-C-223 (E.D. Wis. June 5, 2013); *Chapel Ridge Invs., L.L.C. v. Petland Leaseholding Co.*, CAUSE No. 1:13-CV-146 (N.D. Ind. June 3, 2013); *Tomkinson Dodge, Inc. v. Enclosed Auto Transps.*, LLC, CAUSE No. 1:13-CV-174 (N.D. Ind. June 3, 2013); *Fowler v. New Werner Co.*, CAUSE No. 1:13-CV-126 (N.D. Ind. May 24, 2013); *Chapel Ridge Invs., L.L.C. v. Petland Leaseholding Co.*, CAUSE No. 1:13-CV-146 (N.D. Ind. May 8, 2013); *Advance Cable Co. v. Cincinnati Ins. Co.*, 13-cv-229-wmc (W.D. Wis. May 6, 2013); *Welton Enters., Inc. v. Cincinnati Ins. Co.*, 13-cv-227-wmc (W.D. Wis. May 6, 2013); *Select Rehab., Inc. v. Angola Healthcare, LLC*, CAUSE No. 1:13-CV-135 (N.D. Ind. Apr. 30, 2013); *FirstMerit Bank, N.A. v. MMB Dev., LLC*, No. 13 C 2744 (N.D. Ill. Apr. 22, 2013); *Walker v. St. Jude Med., Inc.*, CAUSE No. 1:13-CV-92 (N.D. Ind. Apr. 10, 2013); *Adams Physical Therapy Servs., Inc. v. Systems4PT, LLC*, CAUSE No. 1:13-CV-104 (N.D. Ind. Apr. 5, 2013); *Walker v. St. Jude Med., Inc.*, CAUSE No. 1:13-CV-92 (N.D. Ind. Apr. 2, 2013); *Donovan v. Rede Partners LLP*, No. 13 C 2065 (N.D. Ill. Mar. 20, 2013); *RBC Mfg. Corp. v. Power Right Indus., LLC*, 13-cv-133-bbc (W.D. Wis. Mar. 6, 2013); *Tharp v. Franck's Lab, Inc.*, CAUSE No. 1:13-CV-61 (N.D. Ind. Mar. 5, 2013); *McKinley v. Franck's Lab, Inc.*, CAUSE No. 1:13-CV-60 (N.D. Ind. Mar. 5, 2013); *Benson v. Organon USA, Inc.*, No. CV 13-1003 PA (JCx) (C.D. Cal. Feb. 12, 2013); *United States v. Linder*, No. 12 CR 22 (N.D. Ill. Feb. 12, 2013); *Mills 2011 LLC v. Synovus Bank*, 921 F. Supp. 2d 219 (S.D.N.Y. 2013); *Title Dane-Elec Corp., USA v. Digibras Indus. Do Brasil, S.A.*, No. SACV 13-11 JVS (RNBx) (C.D. Cal. Jan. 17, 2013); *Doe v. Raemisch*, No. 10-C-0911 (E.D. Wis. Jan. 3, 2013); *Marion T, LLC v. Thermoforming Mach. & Equip., Inc.*, CAUSE No. 1:12-CV-456 (N.D. Ind. Dec. 28, 2012); *Sperling & Slater, P.C. v. Hartford Cas. Ins. Co.*, No. 12 C 761 (N.D. Ill. Dec. 27, 2012); *Limehouse v. Thurmer*, No. 09-C-0071 (E.D. Wis. Dec. 26, 2012); *Nat'l Cas. Co. v. Utica Mut. Ins. Co.*, 12-cv-657-bbc (W.D. Wis. Dec. 12, 2012); *Normal Place, LLC v. Am. Ins. Co.*, 12-1503 (C.D. Ill. Dec. 6, 2012); *United States ex rel. Everett v. Hardy*, No. 12 C 0925 (N.D. Ill. Nov. 26, 2012); *OWB Reo, LLC v v. Garcia*, No. SACV 12-1903 JVS (MLGx) (C.D. Cal. Nov. 15, 2012); *Nat'l Cas. Co. v. Utica Mut. Ins. Co.*, 12-cv-657-bbc (W.D. Wis. Nov. 8, 2012); *United States v. Papandreou*, No. 08-C-0064 (E.D. Wis. Nov. 8, 2012); *Anderson v. Burlington Coat Factory Warehouse Corp.*, No. CV 12-8815 PA (PJWx) (C.D. Cal. Oct. 30, 2012); *Moore v. Tex. Roadhouse of Fort Wayne, LLC*, CAUSE No. 1:12-CV-379 (N.D. Ind. Oct. 30, 2012); *Prezioso v. Total Quality Serv., LLC*, CAUSE No. 1:12-CV-368 (N.D. Ind. Oct. 24, 2012); *Foxconn Assembly LLC v. Cue Techs., Inc.*, No. SACV 12-1544 JVS (MLGx) (C.D. Cal. Oct. 18, 2012); *Gabler v. HA Hous., LP*, Civil Action No. 12-cv-

	02671-PAB-KMT (D. Colo. Oct. 12, 2012); *Stone v. Ballard*, 1:11-cv-57-SEB-TAB (S.D. Ind. Oct. 4, 2012); *Phillips v. Godinez*, No. 11-cv-1003-MJR-SCW (S.D. Ill. Sep. 27, 2012); *Chesnut v. United States*, No. 12-0697-DRH (S.D. Ill. Sep. 27, 2012); *Clark v. Panera, LLC*, CAUSE No. 1:12-CV-331 (N.D. Ind. Sep. 25, 2012); *Pet Prod. Innovations, LLC v. Paw Wash, L.L.C.*, 11 C 7182 (N.D. Ill. Sep. 25, 2012); *Mid-Am. Found. Supply, Inc. v. Konga Marine Logistics, LLC*, CAUSE No. 1:12-CV-328 (N.D. Ind. Sep. 24, 2012); *CML-NV E. Mountain, LLC v. Vandenberg 8 LLC*, Case No.: 2:11-cv-00187-GMN-RJJ (D. Nev. Sep. 20, 2012); *Chaparral Energy, L.L.C. v. Nat'l Oilwell Varco, L.P.*, No. CIV-12-929-D (W.D. Okla. Aug. 29, 2012); *Light Petroleum, Inc. v. ExxonMobil Oil Corp.*, No. CV 12-4689 PA (VBKx) (C.D. Cal. Aug. 27, 2012); *Basden v. AG Growth Int'l, Inc.*, No. 12-cv-41-JPG-PMF (S.D. Ill. Aug. 21, 2012); *Tru-Grind, Inc. v. Swiss-Tech, LLC*, No. 11 C 478 (N.D. Ill. Aug. 14, 2012); *Croom v. Addax Minerals, LLC*, No. CIV-12-861-D (W.D. Okla. Aug. 10, 2012); *Fielden v. Macquarie Office Monument Ctr. I, LLC*, 1:12-cv-0288-TAB-SEB (S.D. Ind. Aug. 9, 2012); *Hindrichs v. United Repossessors, LLC*, No. 12-cv-804-DRH-SCW (S.D. Ill. Aug. 9, 2012); *Covington v. Curtis*, No. SACV 12-1258 JVS (ANx) (C.D. Cal. Aug. 8, 2012); *Specialized Component Parts Ltd. v. Surface Igniter, LLC*, CAUSE No. 1:12-CV-266 (N.D. Ind. Aug. 3, 2012); *PNC Bank v. Sarno Inv. Props., LLC*, No. 12 C 5992 (N.D. Ill. Aug. 2, 2012); *Benson v. Unilever United States, Inc.*, 884 F. Supp. 2d 708 (S.D. Ill. 2012); *Bigsby v. Indiana*, 1:12-cv-709-JMS-TAB (S.D. Ind. July 25, 2012); *U.S. Bank Nat'l Ass'n v. Capital Realty & Dev., LLC*, No. 12 C 5598 (N.D. Ill. July 20, 2012); *Hindrichs v. United Repossessors, Inc.*, No. 12-cv-804-DRH-SCW (S.D. Ill. July 17, 2012); *SecureWatch Corp. v. Indirect Partners, L.L.C.*, No. SACV 12-1026 JVS (ANx) (C.D. Cal. July 13, 2012); *CML-NV One, LLC v. Cielo's Edge, LLC*, Case No.: 2:11-cv-00230-GMN-RJJ (D. Nev. July 11, 2012); *Holt v. Loyola*, No. 10 C 7917 (N.D. Ill. July 3, 2012); *Soto v. Pollard*, No. 06-C-0658 (E.D. Wis. June 22, 2012); *Belle v. Chrysler Grp., LLC*, No. SACV 12-936 JVS (RNBx) (C.D. Cal. June 22, 2012); *Palmer v. Fenoglio, No.* 10-CV-0718-MJR (S.D. Ill. June 15, 2012); *Travelport, LP v. Pakistan Int'l Airlines Corp.*, No. 11 C 5160 (N.D. Ill. June 11, 2012); *Schultheis v. Cmty. Health Sys., Inc.*, No. 11-0435-DRH (S.D. Ill. June 5, 2012); *Petty v. City of Chicago*, 07 C 7013 (N.D. Ill. May 31, 2012); *McNamara v. JLM Fin. Inv., LLC*, No. 12 C 4013 (N.D. Ill. May 29, 2012); *Segura v. Fusion Contact Ctrs.*, No. CV 12-4516 PA (SHx) (C.D. Cal. May 25, 2012); *Tate v. Ancell*, No. 08-0200-DRH (S.D. Ill. May 21, 2012); *Auto-Owners Ins. Co. v. Stockton Constr. Grp., LLC*, No. 12 C 3732 (N.D. Ill. May 17, 2012); *Marve v. US Bancorp*, No. CV 12-3733 PA (JCx) (C.D. Cal. May 2, 2012*); Cont'l Credit Sys., LLC v. Applied Merch. Sys. West Coast, Inc.*, No. 12 C 1701 (N.D. Ill. Apr. 27, 2012); *Cox v. PCO Innovation Corp.*, No. SACV 12-525 JVS (JPRx) (C.D. Cal. Apr. 20, 2012); *CA T 211 Fabricante, LLC v. Legacy Elecs., Inc.*, No. SACV 12-523 JVS (ANx) (C.D. Cal. Apr. 20, 2012); *DeWind Co v. Glenmore Wind Farm LLC*, No. SACV 12-392 JVS (RNBx (C.D. Cal. Apr. 20, 2012); *Super Prods., LLC v. Hydro-Exc., Inc.*, No. 12-cv-272-DRH (S.D. Ill. Apr. 4, 2012); *Tramec, LLC v. Rose Indus. Prods.*, No. 11 C 0816 (N.D. Ill. Mar. 26, 2012); *Karlton Fields-*

	Bey Executor v. Lipford, No. 11-2686-STA-dkv (W.D. Tenn. Mar. 26, 2012); *Schultz v. Glidden Co.*, No. 08-C-919 (E.D. Wis. Mar. 20, 2012); *Yang v. BMW of North America, LLC*, No. CV 11-3152 JVS (JCGx) (C.D. Cal. Mar. 15, 2012); *Parsh v. Tech. Crops Int'l*, CAUSE No. 1:12-CV-65 (N.D. Ind. Mar. 1, 2012); *Powell v. Hall*, 2:09-cv-69-JMS-MJD (S.D. Ind. Feb. 28, 2012); *Hart v. Myers*, No. 11-cv-907-DRH-SCW (S.D. Ill. Feb. 16, 2012); *James v. Myers*, No. 12-cv-22-DRH-SCW (S.D. Ill. Feb. 16, 2012); *Gevas v. Cox*, No. 11-CV-0352-MJR-SCW (S.D. Ill. Feb. 16, 2012); *AEL Fin., LLC v. Fournier Mgmt., LLC*, No. 12 C 1020 (N.D. Ill. Feb. 15, 2012); *Innerworkings, Inc. v. P'Esco, LLC*, No. 12 C 841 (N.D. Ill. Feb. 7, 2012); *Price v. Smith*, 842 F. Supp. 2d 1111 (E.D. Wis. 2012); *Shoemaker v. GMAC Mortg. LLC*, No. SACV 12-00087 JVS (MLGx) (C.D. Cal. Feb. 1, 2012); *Edgewood Manor Apartment Homes LLC v. RSUI Indem. Co.*, No. 08-C-0920 (E.D. Wis. Jan. 31, 2012); *Falkner v. Water Grove Investors, LLC*, No. 11-3130-STA-tmp (W.D. Tenn. Jan. 26, 2012); *Manning & Kass, Ellrod, Ramirez, Trester, LLP v. Cdc Software, Inc.*, No. CV 12-423 PA (JEMx) (C.D. Cal. Jan. 19, 2012); *Rehabcare Grp. East, Inc. v. Lakeview Nursing & Rehabilitation Ctr. Inc*., No. 11 C 6384 (N.D. Ill. Jan. 18, 2012); *Paschen v. Gillen*, No. 12 C 179 (N.D. Ill. Jan. 17, 2012); *Cmty. Mem'l Hosp. of Menomonee Falls, Inc. v. GFRC Cladding Sys. LLC*, No. 11-C-533 (E.D. Wis. Jan. 10, 2012); *Zebra Techs. Corp. v. Sovereign Holdings, LLC*, No. 11 C 8929 (N.D. Ill. Dec. 20, 2011); *Blue Ocean Printing, Inc. v. Twin Sisters Prods. LLC*, No. . SACV 11-1738 JVS (JPRx) (C.D. Cal. Dec. 6, 2011); *Family Entertainment Group v. Bellaire Hospitalities*, No. 11 C 8559 (N.D. Ill. Dec. 6, 2011*); Miller v. Gonzalez*, No. 09-C-1012 (E.D. Wis. Nov. 10, 2011); *Willow Knolls Limited Partnership v. Quizbiz Inc*., No. 11-1405 (C.D. Ill. Nov. 8, 2011); *Paragon Steel Enters. LLC v. Infodata Corp*., CAUSE No. 1:11-CV-373 (N.D. Ind. Nov. 1, 2011); *Sheikh v. York*, No. 11-CV-13750 (E.D. Mich. Oct. 31, 2011); *THI of New Mexico at Hobbs Center, LLC v. Patton*, 851 F. Supp. 2d 1281 (D.N.M. 2011); *Smith v. Brown*, 2:11-cv-206-JMS-DKL (S.D. Ind. Oct. 27, 2011); *Hale v. U.S.*, No. 1:08 CV 94 (N.D. Ill. Oct. 27, 2011); *Sundance Rehabilitation Corp. v. Angola Healthcare*, CAUSE No. 1:11-CV-375 (N.D. Ind. Oct. 27, 2011); *Brown v. Ortho-McNeil Pharm*. Inc., No. CV 11-8664 PA (JCGx) (C.D. Cal. Oct. 26, 2011); *Burlington Ins. Co. v. Hy-Tec Fiberglass, Inc.*, CAUSE No. 1:11-CV-368 (N.D. Ind. Oct. 26, 2011); *U.S. Surety Co. v. Stevens Family Ltd. Partnership*, No. 11 C 7480 (N.D. Ill. Oct. 25, 2011); *Bustillo v. Planet Fin. Grp L.L.C*., No. CV 11-8619 PA (SSx) (C.D. Cal. Oct. 21, 2011); *Ozuna v. GMAC Mortg. LLC*, No. SACV 11-1559 JVS (JPRx) (C.D. Cal. Oct. 20, 2011); *Brown v. Ortho-Mcneil Pharm*. Inc., No. CV 11-8308 PA (JCGx) (C.D. Cal. Oct. 12, 2011); *Brookside Agra, Llc V. Uncle Ted Organics, Ltd.*, CIVIL No. 11-863-GPM (S.D. Ill. Sep. 30, 2011); *Hsbc Bank USA v. Grad*, No. 11 C 6734 (N.D. Ill. Sep. 28, 2011); Cincinnati Insurance Company V. ULS, INC., No. 11 C 6695 (N.D. Ill. Sep. 28, 2011); Keefer v. Olin Corporation, No. 09-CV-23-WDS (S.D. Ill. Sep. 26, 2011); *Stopka v. America Family Mut. Ins. Co*., No. 10C 6034 (N.D. Ill. Sep. 22, 2011); *Hays v. Wal-Mart Real Estate Business Trust*, CAUSE No. 1:11-CV-324 (N.D. Ind. Sep. 15, 2011); *AC Info Servs. LLC v. Pro Point Claim Servs. LLC*, No. SACV 11-1284 JVS (MLGx)

	(C.D. Cal. Sep. 12, 2011); *McNamara v. Kmart Corporation*, CIVIL ACTION No. 2008/18 (D.V.I. Sep. 8, 2011); *Collins v. U.S.*, CIVIL No. 98-cv-156-WDS, CRIMINAL NO. 91-CR-30018-WDS-1 (S.D. Ill. Sep. 8, 2011); *HK Metal Recycling Holding LTD v. Gilbert*, Case No: 1:11-CV-298 (N.D. Ind. Sep. 8, 2011); *Coombs v. Dahn Yoga & Health Ctrs. Inc.*, No. 11 C 5804 (N.D. Ill. Aug. 24, 2011); GT *Beverage Co. v. Dominion Liquid Techs. LLC*, No. SACV 11-1140 JVS (MLGx) (C.D. Cal. Aug. 11, 2011); *Twitty v. Lockett*, 2:10-cv-059-WTL-TAB (S.D. Ind. Aug. 10, 2011); *Ashford v. U.S.*, No. 10-C-556 (E.D. Wis. Aug. 9, 2011); *Jestibo, LLC v. Cellairis Franchise, Inc.*, Civil Action No. 11-cv-01973-PAB (D. Colo. Aug. 2, 2011); *Environmental, Safety Health v. Integrated Pro Serv.*, No. CIV-08-1215-D (W.D. Okla. Aug. 1, 2011); *Travelport, LP v. Pakistan International Airlines Corp.*, No. 11 C 5160 (N.D. Ill. Aug. 1, 2011); *Grisby v. Rubber City McDonald's*, No. 5:11cv1443 (N.D. Ohio Aug. 1, 2011); *2200 Classen, LLC v. York Operating Company*, No. CIV-11-774-D (W.D. Okla. July 18, 2011); Clem V. Meijer Stores Limited Partnership, CAUSE No. 1:11-cv-216 (N.D. Ind. June 27, 2011); *Victor v. Johnson Johnson*, CIVIL No. 11-513-GPM (S.D. Ill. June 16, 2011); *Brooks v. Johnson Johnson*, CIVIL No. 11-511-GPM (S.D. Ill. June 16, 2011); *Harris v. Peterson*, No. 09-533-DRH (S.D. Ill. June 16, 2011); *Young v. Green Line Enterprises, Inc.*, No. CIV-11-662-D (W.D. Okla. June 13, 2011); *Venters v. U.S.*, CIVIL No. 09-cv-904-WDS (S.D. Ill. June 3, 2011); *Preferred Chiropractic v. Hartford Casualty Ins. Co.*, No. 10-cv-972-DRH (S.D. Ill. May 31, 2011); *Red Cloud Assets, LLC v. Harris Aviation, LLC*, No. CIV-11-282-D (W.D. Okla. May 16, 2011); *Bank of New York Mellon v. Glavin*, 10-cv-765-slc (W.D. Wis. May 10, 2011); *NOVO 1, INC. v. LEVENDO, LLC*, No. 10-CV-892 (E.D. Wis. May 9, 2011); *Progressive Southeastern Ins. Co. v. J P Transport*, CAUSE No. 1:11-CV-137 (N.D. Ind. Apr. 26, 2011); *Breneida Gottschalk v. JP Morgan Chase Bank*, No. 10-C-262 (E.D. Wis. Apr. 19, 2011); *Baker v. Trucks*, CAUSE No. 1:11-CV-87 (N.D. Ind. Mar. 11, 2011); *Allianz Global Risks US Ins. Co. v. Goshen Air Ctr*., CAUSE No. 1:11-cv-81 (N.D. Ind. Mar. 9, 2011); *G S Holdings, LLC v. Continental Casualty Co*. (N.D.Ind. 3-8-2011); No. 3:09-CV-00592 JD (N.D. Ind. Mar. 8, 2011); *Dairyland Packaging USA, LLC v. International Paper Co*., 11-cv-146-bbc (W.D. Wis. Mar. 3, 2011); *Colony National Insurance Company v. SLB Toys USA*, No. 11 C 1121 (N.D. Ill. Feb. 22, 2011); *Hughes v. Hanks*, No. 1:10-cv-1420-LJM-TAB (S.D. Ind. Jan. 10, 2011); *Barnes v. Black*, No. 04-cv-1317 (C.D. Ill. Dec. 15, 2010); *Grabemeyer v. Matrixx Initiatives, Inc.* (N.D.Ind. 12-14-2010); CAUSE No. 1:10-CV-430 (N.D. Ind. Dec. 14, 2010); *Schilke v. Mortgage*, 758 F. Supp. 2d 549 (N.D. Ill. 2010); Delta Communications, Llc V. Mci Communications Serv., CIVIL No. 10-980-GPM (S.D. Ill. Dec. 14, 2010); Castleberg V. Covenant Health Care Of Eau Claire, 10-cv-647-bbc (W.D. Wis. Dec. 10, 2010); *Donaby v. U.S.*, No. 04-CV-852-WDS (S.D. Ill. Nov. 17, 2010); *Duoline Technologies v. McClean Anderson, LLC*, 10-cv-252-bbc (W.D. Wis. Nov. 10, 2010); *Exclusive Group, LLC v. Merchant of Tennis, Inc*. (N.D.Ind. 10-29-2010); CAUSE No. 1:10-cv-375 (N.D. Ind. Oct. 29, 2010); *Wagner v. Wisconsin Department of Corrections*, No. 08-cv-615 (E.D. Wis. Oct. 29, 2010); Santiago V. C/O Anderson, No. 05-

	512-cv-MJR-CJP (S.D. Ill. Oct. 29, 2010); In Re Lawnmower Engine Hp. Mktg. Sales Prac. Lit, Mdl. No. 08-1999 (E.D. Wis. Oct. 28, 2010); *Jewel Trucking, Inc. v. Freightliner LLC*, 10-cv-33-bbc (W.D. Wis. Oct. 26, 2010); *Anderson v. Matrixx Initiatives, Inc*., CIVIL No. 10-765-GPM (S.D. Ill. Oct. 12, 2010); *McNary v. Hendrix*, No. 2:10-cv-242-WTL-DML (S.D. Ind. Oct. 12, 2010); *Easterling v. Siarnicki*, No. 08-CV-1068 (E.D. Wis. Oct. 6, 2010); *Iom Grain, LLC V. Seeds* (N.D.Ind. 10-4-2010); CAUSE No. 1:10-CV-337 (N.D. Ind. Oct. 4, 2010); Defense Supply Assoc. V. Defense Manufacturing Sup, 10-cv-457-bbc (W.D. Wis. Oct. 4, 2010); *American Safety Indemnity Co. v. McZ Development Corp.*, No. 10 C 6211 (N.D. Ill. Sep. 29, 2010); *Erickson v. Meyer*, CAUSE No. 1:10-CV-333 (N.D. Ind. Sep. 28, 2010); *Sleeter v. Actavis Totowa, LLC*, CIVIL No. 10-653-GPM (S.D. Ill. Sep. 21, 2010); *Kruse v. Goldman Sachs Co.*, CAUSE No. 1:10-CV-323 (N.D. Ind. Sep. 15, 2010); *Ebersohl v. Bechtel Corporation*, CIVIL No. 09-1029-GPM (S.D. Ill. Sep. 15, 2010); *Altissima Limited v. One Niagara LLC*, 08-CV-756S(M) (W.D.N.Y. Sep. 2, 2010); *Ironrod Investments, Inc. v. World Wide Group, LLC* (N.D.Ind. 8-26-2010); CAUSE No. 1:10-CV-293 (N.D. Ind. Aug. 26, 2010); *RT Bolingbrook, LLC v. Kraus Carpet Mills Limited*, No. 10 C 5145 (N.D. Ill. Aug. 18, 2010); *Provence v. National Carriers, Inc.*, CIVIL ACTION No. 10-2239-KHV (D. Kan. Aug. 16, 2010); *GDI, LLC V. Gallagher Security (U.S.A.); INC*., No. 10 C 4946 (N.D. Ill. Aug. 11, 2010); *French v. STL Distribution Services, LLC*, CIVIL No. 10-511-GPM (S.D. Ill. July 28, 2010); *Hughes v. New Castle Corr. Facility Superintendent*, No. 1:10-cv-551-WTL-TAB (S.D. Ind. July 26, 2010); *Metlife Investors USA Insurance Company v. Juice Con*, No. CIV-10-509-D (W.D. Okla. July 14, 2010); *Foss v. Performance Consulting Group, LLC*, No. CIV-10-724-D (W.D. Okla. July 14, 2010); *Ricketts v. Astrue*, 1:09-cv-1410-WTL-DML (S.D. Ind. July 12, 2010); *Easterling v. Pollard*, No. 08-C-295 (E.D. Wis. June 16, 2010); *Walgren Company v. Schlage Lock Company*, CAUSE No. 1:10-CV-186 (N.D. Ind. June 15, 2010); Martin v. Royse, No. 1:08-cv-246 (N.D. Ind. June 11, 2010); *Miller v. Thurmer*, No. 09-C-1027 (E.D. Wis. May 6, 2010); *Baker v. Johnson Johnson*, 709 F. Supp. 2d 677 (S.D. Ill. 2010); *Powergain, LLC v. Magnetic Applications, Inc*. (N.D.Ind. 4-19-2010); CAUSE No. 1:10-cv-113 (N.D. Ind. Apr. 19, 2010); *U.S. v. Roth*, No. 10 MISC 001, (S.D.N.Y. No. 09 Civ. 8712, 01 Cr. 1503 (SCR) (LMS)) (E.D. Wis. Apr. 19, 2010); *Rowell v. Franconia Minerals Corp*., 706 F. Supp. 2d 891 (N.D. Ill. 2010); *Smith v. City of Milwaukee Police Department*, No. 09-C-603 (E.D. Wis. Apr. 2, 2010); *Adams v. Thurmer*, No. 10-C-0011 (E.D. Wis. Mar. 30, 2010); *Jakes v. Macarthur Co*., 09-cv-133-slc (W.D. Wis. Mar. 26, 2010); *Medeiros v. Holder*, No. CV 06-816-PHX-JAT (D. Ariz. Mar. 19, 2010); *Motorola, Inc. v. Lemko Corp*., No. 08 C 5427 (N.D. Ill. Mar. 15, 2010); *Johnson v. Wodatch*, No. 09-cv-1031-MJR-DGW (S.D. Ill. Mar. 10, 2010); *Allstate Insurance Company v. Vornado Air, LLC* (N.D.Ind. 3-9-2010); CAUSE No. 1:10-cv-13 (N.D. Ind. Mar. 9, 2010); *Powell v. Lemmon*, No. 2:09-cv-304-WTL-JMS (S.D. Ind. Mar. 9, 2010); *Fountainhead Development, Inc. v. Kruse* (N.D.Ind. 3-3-2010); CAUSE No. 1:10-CV-00004 (N.D. Ind. Mar. 3, 2010); *LAX v. Trifecta Entertainment, LLC*, No. 10 C 1265 (N.D. Ill. Feb. 26, 2010); *Correra V. Tag*

	Associates LLC, No. 10 C 1048 (N.D. Ill. Feb. 18, 2010); *Morgan v. Edwards*, No. 10-cv-88-DRH (S.D. Ill. Feb. 5, 2010); *Buck v. Bayer Healthcare Pharmaceuticals, Inc.* (N.D.Ind. 2-4-2010); CAUSE No. 1:10-cv-36 (N.D. Ind. Feb. 4, 2010); *Screeton v. Bayer Healthcare Pharmaceuticals, Inc*. (N.D.Ind. 2-4-2010); CAUSE No. 1:10-cv-35 (N.D. Ind. Feb. 4, 2010); *Richards v. Duncan*, CIVIL ACTION No. 09-1040-RET-DLD (M.D. La. Feb. 1, 2010); *Allstate Insurance Company v. Vornado Air, LLC* (N.D.Ind. 1-26-2010); CAUSE No. 1:10-CV-13 (N.D. Ind. Jan. 26, 2010); *Blaize v. Concrete Strategies, L.L.C.*, CIVIL ACTION No. 09-1020-RET-DLD (M.D. La. Jan. 26, 2010); *Thomas v. Massachusetts Bay Insurance Company*, CIVIL ACTION No. 09-1010-RET-DLD (M.D. La. Jan. 26, 2010); *Shannon's Rainbow v. Supernova Media*, 683 F. Supp. 2d 1261 (D. Utah 2010*); Kruse, Inc. v. Hogan* (N.D.Ind. 1-21-2010); CAUSE No. 1:10-CV-14 (N.D. Ind. Jan. 21, 2010); *Slater v. Lemens*, No. 08-CV-1037 (E.D. Wis. Jan. 19, 2010); *LALE v. RAEMISCH*, No. 09-CV-503 (E.D. Wis. Jan. 19, 2010); *Colon v. Smithkline Beecham Corporation*, CIVIL No. 09-1073-GPM (S.D. Ill. Jan. 5, 2010); *Busch v. Lee Enterprises, Inc.*, CIVIL No. 09-780-GPM (S.D. Ill. Dec. 21, 2009); *Guardian Gaming, Ltd. v. Williams*, No. 09 C 7611 (N.D. Ill. Dec. 9, 2009); *Westchester Sur. Lines Ins. Co. v. Sager Sealant Corp*., No. 09 C 7481 (N.D. Ill. Dec. 3, 2009); Emigrant Mortgage Company, Inc. V. Resa, No. 09 C 7046 (N.D. Ill. Nov. 12, 2009); *Great White Pressure Control, LLC v. Seaboard Intl.*, No. CIV-09-881-D (W.D. Okla. Nov. 9, 2009); *Wise v. Blair LLC*, CIVIL No. 09-871-GPM (S.D. Ill. Oct. 28, 2009); *Paragon Steel Enterprises, LLC v. Infodata Corp*. (N.D.Ind. 10-15-2009); CAUSE No. 1:09-CV-278 (N.D. Ind. Oct. 15, 2009); *Sample Machine, LLC v. Nautilus Insurance Company* (N.D.Ind. 10-15-2009); CAUSE No. 1:09-CV-277 (N.D. Ind. Oct. 15, 2009); *Kurth v. Arcelormittal USA, Inc*. (N.D.Ind. 10-14-2009); CAUSE No. 2:09-CV-108RM (N.D. Ind. Oct. 14, 2009); *Rifkin v. Immortal Sports Management, LLC* (N.D.Ind. 10-7-2009); CAUSE No. 1:09-cv-275 (N.D. Ind. Oct. 7, 2009); *Porter v. Union Electric Company*, CAUSE No. 07-CV-412-WDS (S.D. Ill. Sep. 24, 2009*); Kerry Inc. v. Mid-America Cold Storage, L.L.C.*, CIVIL No. 09-537-GPM (S.D. Ill. Sep. 24, 2009); *IFC CREDIT CORPORATION v. CENTRIX CONSOLIDATED, LLC*, No. 06-cv-6338 (N.D. Ill. Sep. 15, 2009); *ESSEX INSURANCE COMPANY v. NAAB STRUCTURES, INC* (N.D.Ind. 9-14-2009); CAUSE No. 1:09-cv-00256 (N.D. Ind. Sep. 14, 2009); *Robertson v. U.S.*, No. 09-C-0797, (Criminal Case No. 06-CR-301) (E.D. Wis. Sep. 12, 2009); *CHAPPARAL ENERGY, L.L.C. v. WUXI SEAMLESS OIL PIPE CO*., No. CIV-09-959-D (W.D. Okla. Sep. 2, 2009); *Cavanaugh v. PFR, LLC*, 648 F. Supp. 2d 1056 (N.D. Ill. 2009); *Valley View Angus Ranch v. Duke Energy Field Services*, No. CIV-04-191-D (W.D. Okla. Aug. 21, 2009); *Galdieux Trading Marketing Co. v. Wells Fargo Bank*, CAUSE No. 1:09-CV-221 (N.D. Ind. Aug. 13, 2009); *Evans Equipment Company, Inc. v. NBS Trucking. Ltd.* (N.D.Ind. 8-4-2009); CAUSE No. 1:09-CV-208 (N.D. Ind. Aug. 4, 2009); *Turner v. Office of Sheriff of Crawford County*, No. 08-cv-837-JPG (S.D. Ill. July 29, 2009); *2004 Stuart Moldaw Trust v. XE L.I.F.E., LLC*, 642 F. Supp. 2d 226 (S.D.N.Y. 2009); *Occidental Hotels Mgmt. B.V. v. Westbrook Allo. L.L.C*, 05 Civ. 9547 (PKC) (THK) (S.D.N.Y. July 27, 2009); *Atlantic*

	Southern Bank v. Gunter Village, LLC, Civil Action No. 5:09-CV-254 (HL) (M.D. Ga. July 23, 2009); *Tenrock Capital LLC v. Pedersen Houpt*, No. 09 C 4180 (N.D. Ill. July 14, 2009); *Comerica Bank v. H.S. S.S. Invs., LLC*, No. 09 C 3867 (N.D. Ill. July 1, 2009); *B R Oil Company v. Imperial Enterprises of Illinois*, CIVIL No. 09-257-GPM (S.D. Ill. June 29, 2009); *IFC CREDIT CORPORATION v. MONARCH TRANSPORT, LLC*, No. 09 C 3761 (N.D. Ill. June 25, 2009); *Garner v. Acrish*, CAUSE No. 1:09-CV-175 (N.D. Ind. June 25, 2009); *Bank of America, N.A. v. Knight Quartz Flooring LLC,* No. 09 C 3625 (N.D. Ill. June 17, 2009); *MAFF-STACK, LLC v. VYSS, LLC*, No. 2:08-00089 (M.D. Tenn. June 16, 2009); *Bunch v. Wal-Mart,* CAUSE No. 1:09-CV-71 (N.D. Ind. June 4, 2009); *Hilco Fort Wayne, LLC v. Return Fort Wayne, Inc* (N.D.Ind. 5-13-2009); CAUSE No. 1:09-CV-128 (N.D. Ind. May 13, 2009); *WILLIAMSON + COMPANY, LLC v. AML ASSOCIATES*, No. 09 C 2631 (N.D. Ill. May 1, 2009); *Gusto Packing Co., Inc. v. Westmacott*, No. 09 C 2538 (N.D. Ill. Apr. 29, 2009); *AMCO INSURANCE COMPANY v. KUMAR*, CAUSE No. 1:09-CV-102 (N.D. Ind. Apr. 22, 2009); *J D Factors, LLC v. Freightco, LLC* (N.D.Ind. 4-17-2009); CAUSE No. 1:09-CV-95 (N.D. Ind. Apr. 17, 2009); *Blanck v. Federal Bureau of Investigation*, No. 07-C-0276 (E.D. Wis. Apr. 6, 2009); *GOLD'S GYM, L.L.C. v. TEAM TAN INC.*, CIVIL No. 09-147-GPM (S.D. Ill. Mar. 19, 2009); *RHODES v. LUY*, No. 08-C-50 (E.D. Wis. Mar. 19, 2009); *Shotblast Southwest v. Waste Control Specialists LLC*, No. 1:08-cv-0398 MCA/RLP (D.N.M. Feb. 10, 2009); *General Electric Capital Corporation v. B.D.R. Services*, CIVIL No. 08-703-GPM (S.D. Ill. Feb. 5, 2009); *Progressive Premier Ins. Co. v. Fairfield Motor Serv*, No. 09 C 139 (N.D. Ill. Jan. 14, 2009); *Shotblast Southwest, Inc. v. Waste Cont. Specialists LLC*, No. 1:08-cv-0398 MCA/RLP (D.N.M. Dec. 23, 2008); *National City Healthcare Finance v. Refine 360, LLC*, 08 C 7242 (N.D. Ill. Dec. 22, 2008); *Polak v. Kobayashi,* Civ. No. 05-330-SLR (D. Del. Nov. 13, 2008); *Feldman v. Trane*, 07 C 2694 (N.D. Ill. Nov. 4, 2008); *Morgan, Lewis Bockius v. C. of E. Chicago*, No. 08 C 2748 (N.D. Ill. Oct. 29, 2008); *LDT Keller Farms, LLC v. Brigitte Holmes Livestock* (N.D.Ind. 10-21-2008); CAUSE No. 1:08-CV-243 (N.D. Ind. Oct. 21, 2008); *Kelley v. Rinck*, No. 08-cv-360-DRH (S.D. Ill. Oct. 14, 2008); *Cooper v. Missoula Mac, Inc*., 08-cv-555-bbc (W.D. Wis. Oct. 3, 2008); *Gohil v. Edward Rose of Indiana, L.P.* (N.D.Ind. 10-1-2008); CAUSE No. 1:08-CV-223 (N.D. Ind. Oct. 1, 2008); *Implants International, Ltd. v. Implants Int. North A.,* No. 08-12137 (E.D. Mich. Sep. 4, 2008); *LDT Keller Farms, LLC v. Brigitte Holmes Livestock (*N.D.Ind. 10-21-2008); CAUSE No. 1:08-CV-243 (N.D. Ind. Oct. 21, 2008); *Reynolds v. Oak Park-River Forest School District 200*, No. 08 cv 1507 (N.D. Ill. Aug. 28, 2008); *Alloc, Inc. v. Pergo, Inc*., 572 F. Supp. 2d 1024 (E.D. Wis. 2008); *Cooper v. Ambassador Pers., Inc*., 570 F. Supp. 2d 1355 (M.D. Ala. 2008); *Willmott v. Federal Street Advisors, Inc.,* No. 05 C 1124 (N.D. Ill. June 17, 2008); *Greenbrier Leasing Company LLC v. Carroll*, No. 07 C 2884 (N.D. Ill. June 17, 2008); *Fischer v. Liberty Life Assurance Company of Boston,* No. 05 C 3256 (N.D. Ill. June 16, 2008); *Tilkin Cagen, Inc. v. United Metal Receptacle Corp*., No. 08 C 1564 (N.D. Ill. June 4, 2008); *S.A.E. Warehouse, Inc. v. Champion Laboratories, Inc*., No. 08 C 2804, No. 08 C 2806 (N.D. Ill.

	May 20, 2008); *Ralcorp Holdings, Inc. v. Heartland Bakery, LLC*, No. 07-cv-186-DRH (S.D. Ill. May 19, 2008); *Lexington Insurance Company v. Gilco Scaffolding Co*., No. 08 C 2634 (N.D. Ill. May 12, 2008); *Dcfsa USA LLC v. Lincoln Cartage, Inc.* (N.D.Ind. 5-7-2008); CAUSE No. 1:08-CV-121 (N.D. Ind. May 7, 2008); *MNW, LLC v. Mega Auto Group, Inc.* (N.D.Ind. 5-7-2008); CAUSE No. 1:08-CV-119 (N.D. Ind. May 7, 2008); *MB Financial Bank v. Directech Holding Company, Inc*., No. 08 C 2524 (N.D. Ill. May 6, 2008); W*esterfield v.QUIZNO'S Franchise Company, LLC,* No. 06-C-1210 (E.D. Wis. Apr. 16, 2008); *AEL Financial LLC V. J R Richard Enterprises, INC.*, No. 08 C 1907 (N.D. Ill. Apr. 8, 2008); *Yacobo v. Achim*, No. 06 C 1425 (N.D. Ill. Mar. 31, 2008); *Sennex, Inc. v. Prather,* Civil Action No. 08-219 (W.D. Pa. Mar. 31, 2008); *Sennex, Inc. v. Prather*, Civil Action No. 08-219 (W.D. Pa. Mar. 17, 2008); *Orland Acquisitions, LLC v. Hilco Industrial, LLC* (N.D.Ind. 3-3-2008); CAUSE No. 1:08-CV-58 (N.D. Ind. Mar. 3, 2008); *CMBB LLC v. Lockwood Manufacturing, Inc*., No. 08 C 1201 (N.D. Ill. Feb. 29, 2008); *Advance Payroll Funding, Ltd. v. Duraco Products, Inc*., No. 08 C 1072 (N.D. Ill. Feb. 25, 2008); *Travelers Casualty Insurance Company of America v. LRZ,* No. 08-cv-114-DRH (S.D. Ill. Feb. 22, 2008); *Travelers Casualty Insurance Company of America v. LRZ*, No. 08-cv-114-DRH (S.D. Ill. Feb. 22, 2008); *PLUMMER v. TI GROUP AUTOMOTIVE SYSTEMS, LLC* (N.D.Ind. 2-11-2008); CAUSE No. 1:08-CV-45 (N.D. Ind. Feb. 11, 2008); *Stumpf Pork, Inc. v. Genetiporc, U.S.A., L.L.C.*, CIVIL No. 08-81-GPM (S.D. Ill. Feb. 8, 2008); *Janky v. Lake County Convention Visitors Bureau,* No. 3:05-cv-217 (N.D. Ind. Feb. 7, 2008); *Murray v. Mercycare Insurance Company*, 08-cv-00045-C (W.D. Wis. Jan. 28, 2008); *Tombell Corporation v. Dean*, CIVIL ACTION No. 07-866-JVP-DLD (M.D. La. Jan. 22, 2008); *Maschhoff West, L.L.C. v. Nursery*, No. 08-CV-00020-DRH (S.D. Ill. Jan. 10, 2008); *Co-Alliance, LLP v. B G Crop Farms, LLC* (N.D.Ind. 12-13-2007); CAUSE No. 1:07-CV-316 (N.D. Ind. Dec. 13, 2007); *Karpov v. Per-SE Technologies, Inc.* (N.D.Ind. 12-12-2007); CAUSE No. 1:06-CV-195 (N.D. Ind. Dec. 12, 2007); *Extrusion Dies Indus. V. Bielloni Castello S.P.A*, 3:07-cv-583-bbc (W.D. Wis. Dec. 10, 2007); *Braxton v. Doucette-Lanstrum*, 1:06-cv-1191-DFH-TAB (S.D. Ind. Nov. 29, 2007); *Precision Alliance Group, Llc V. Gro Alliance, LLC* (N.D.Ind. 11-14-2007); CAUSE No. 1:07-CV-284 (N.D. Ind. Nov. 14, 2007); *Lindquist Ford, Inc. v. Middleton Motors, Inc.,* 07-C-0012-C (W.D. Wis. Nov. 7, 2007); *Chesapeake Exploration L.L.C. v. Valence Operating Co.,* CIVIL ACTION H-07-2565 (S.D. Tex. Nov. 5, 2007); *Boddie v. U.S.*, No. IP 98-38-CR-02, 1:07-cv-1129-DFH-JMS (S.D. Ind. Oct. 9, 2007); *Essex Insurance Company v. City of Chicago*, No. 06 C 3743 (N.D. Ill. Oct. 5, 2007); *HW Aviation LLC v. Royal Sons, LLC*, No. 06 C 4445 (N.D. Ill. Sep. 28, 2007); *Mellican v. Mauney*, CIVIL No. 07-671-GPM (S.D. Ill. Sep. 27, 2007); *Moore v. Bickley,* Civil Action No. 5:07-CV-352 (HL) (M.D. Ga. Sep. 21, 2007); *Fusion Capital Fund II, LLC v. Millenium Holding Group,* No. 07 C 4543 (N.D. Ill. Aug. 15, 2007); *Vericorr Packaging v. Osiris Innovations Group,* 501 F. Supp. 2d 989 (E.D. Mich. 2007); *Traicoff v. Digital Media, Inc.* (S.D.Ind. 8-7-2007); 1:03-cv-1781-JDT-WTL (S.D. Ind. Aug. 7, 2007); *King v. Brown-Mackie College*, No. 5:07 CV 1495 (N.D. Ohio Aug. 6, 2007); *Warfield*

	v. Alaniz, No. CV 03-2390-PHX-JAT (D. Ariz. July 16, 2007); *Hessert Construction New Jersey v. Garrison Architects*, Civil No. 06-5696 (JBS); [relates to Docket Item Nos. 9 and 14] (D.N.J. July 13, 2007); *One Communications Corp. v. Sprint Nextel Corp*., 495 F. Supp. 2d 219 (D. Mass. 2007); *Estate of Anthony v. Penske Tk. Leasing*, CIVIL No. 06-791-GPM (S.D. Ill. July 10, 2007); *Gooden v. Omni Air Transport L.L.C*, No. 06-CV-618-GKF-FHM (N.D. Okla. July 10, 2007); *Deep Marine Technology, Inc. v. Conmaco/Rector, L.P*., 515 F. Supp. 2d 760 (S.D. Tex. 2007); *Uniek, Inc. v. Dollar General Corp.*, 500 F. Supp. 2d 1158 (W.D. Wis. 2007); *Mattingly v. Sportsstuff, Inc*., No. 07-cv-0403-MJR (S.D. Ill. June 13, 2007); *Egan Marine Corp. v. Great American Insurance Co. of New York*, 531 F. Supp. 2d 949 (N.D. Ill. 2007); *Hickory Farms, Inc. v. Snackmasters, Inc.*, 509 F. Supp. 2d 716 (N.D. Ill. 2007); *Missouri Franchise Development Systems, LLC v. McCord*, No. 07-CV-00099-DRH-DGW (S.D. Ill. May 3, 2007); *Marcap v. National Medical Imaging of Reisterstown*, No. 07 C 2406 (N.D. Ill. May 2, 2007); *Jack Cooper Transport Co., Inc. v. Cannonball Express*, No. 06-cv-306-DRH-DGW (S.D. Ill. Apr. 30, 2007); *Levels v. Cannonball Express, Inc*., No. 05-CV-914-DRH (S.D. Ill. Apr. 30, 2007); *Kehrer Brothers Construction, Inc. v. Custom Body Co.*, No. 05-cv-246-DRH (S.D. Ill. Apr. 20, 2007); *Levels v. Cannonball Express, Inc.*, No. 05-CV-914-DRH (S.D. Ill. Apr. 18, 2007); *Missouri Franchise Development Systems, LLC v. McCord*, No. 07-CV-00099-DRH-DGW (S.D. Ill. Apr. 18, 2007); *Jack Cooper Transport Co. v. Cannonball Express*, No. 06-cv-306-DRH (S.D. Ill. Apr. 17, 2007); *Levels v. Cannonball Express, Inc*., No. 05-cv-914-DRH (S.D. Ill. Mar. 29, 2007); *Jack Cooper Transport Co., Inc. v. Cannonball Express*, No. 06-cv-306-DRH (S.D. Ill. Mar. 29, 2007); *Kehrer Brothers Construction, Inc. v. Custom Body Co*., No. 05-cv-246-DRH (S.D. Ill. Mar. 27, 2007); Bpi Energy, Inc. V. Lee (Montgomery); LLC, No. 07-cv-186-DRH (S.D. Ill. Mar. 27, 2007); D N Micro Products, Inc. v. Yi Ventures LLC (N.D.Ind. 3-19-2007); CAUSE No. 1:07-CV-57 (N.D. Ind. Mar. 19, 2007); Spector V. Agi Polymatrix, No. 07 C 1456 (N.D. Ill. Mar. 16, 2007); *Yourtravelbiz.com v. Executive Syst. of United Success*, No. 07-cv-0030-MJR (S.D. Ill. Mar. 8, 2007); *Berger v. Dana Companies, LLC*, No. 08-cv-154-DRH (S.D. Ill. Mar. 5, 2007); *Super-Tek USA, LLC v. O'Sullivan Industries, Inc*., No. 07 C 1184 (N.D. Ill. Mar. 5, 2007); *Paine v. City of Chicago*, No. 06 C 3173 (N.D. Ill. Feb. 28, 2007); *Williams v. Stepp*, No. 03-cv-0824-MJR (S.D. Ill. Feb. 26, 2007); *Friess v. Quest Cherokee*, LLC, CIVIL ACTION No. 06-2573-KHV (D. Kan. Feb. 9, 2007); *Sierra Bravo Contractors v. Safeco Ins. Co. of Amer*, No. 07-cv-0062-MJR (S.D. Ill. Jan. 25, 2007); *Gupta v. Sprint Spectrum, L.P.*, No. 06-cv-530-DRH (S.D. Ill. Jan. 24, 2007); *Barrington Medical Systems v. Promed Health Network*, No. 06 C 7183 (N.D. Ill. Jan. 5, 2007); *Center Township Of De Co. V. Northeast Fire Apparatus*, No. 1:05-cv-0840-DFH-WTL (S.D. Ind. Nov. 28, 2006); *Saykally v. Brandt*, 06-C-195-C (W.D. Wis. Nov. 14, 2006); *Campbell v. Clarke*, No. 06-C-560 (E.D. Wis. Nov. 2, 2006); *Cheers v. Morgenthaler*, Cause No. 04-CV-136-WDS (S.D. Ill. Nov. 1, 2006); *Stallings v. U.S.*, Cause No. 06-CV-136-WDS (S.D. Ill. Oct. 12, 2006); *Laroe v. Cassens Sons, Inc.*, 472 F. Supp. 2d 1039 (S.D. Ill. 2006); *Bonty v. U.S.*,

	No. 05-cv-0797-MJR (S.D. Ill. Sep. 6, 2006); *Schroyer v. Henry*, No. 06-cv-592-JPG (S.D. Ill. Aug. 23, 2006); *Terry v. Nuvell Credit Corporation*, No. CIV-06-0851-F (W.D. Okla. Aug. 16, 2006); Fast Tek Group, Llc V. Plastech Engineered Products, INC. (S.D.Ind. 2006); No. 1:05-cv-01868-DFH-TAB (S.D. Ind. Aug. 3, 2006); *MAROY v. ISIS, LLC OF OKLAHOMA*, No. CIV-06-0776-F (W.D. Okla. July 21, 2006); *Paolino v. Hussain Egan Bendersky Franczyk, L.L.C.*, No. 06 C 611 (N.D. Ill. July 11, 2006); *Marathon Ashland Petroleum, LLC v. Selker Bros., Inc.*, No. 3:04 CV 7638 (N.D. Ohio July 6, 2006); *Lake County Convention v. Hotels.com, LP* (N.D.Ind. 2006); No. 2:06CV207 (N.D. Ind. June 27, 2006); *Kal Drilling, Inc. V. Buray Energy International LLC*, No. CIV-06-0619-F (W.D. Okla. June 9, 2006); *The Shreveport Group v. Zurich North Am. Insurance Co*., Civil Action No. 06-0377 (W.D. La. May 19, 2006); *Nissan Forklift Corporation v. Zenith Fuel Systems*, No. 05 C 4849 (N.D. Ill. Apr. 27, 2006); *Ulliman Schutte Const. v. Emerson Process Management*, Civil Action No. 02-1987 (RMC) (D.D.C. Mar. 31, 2006); *Valsource, LLC v. Conaway* (S.D.Ind. 2006); No. 1:06-cv-0447-DFH-VSS (S.D. Ind. Mar. 21, 2006); *Schindler v. Seiler*, 05-C-0521-C (W.D. Wis. Mar. 20, 2006); *Fredrickson v. Cook County Sheriff's Deputy Mercherson*, No. 05 C 843 (N.D. Ill. Mar. 15, 2006); *Central Mfg. Co. v. Brett*, No. 04 C 3049 (N.D. Ill. Mar. 15, 2006); *Hopson v. Bledsoe*, No. 04-cv-604-JPG (S.D. Ill. Mar. 9, 2006); *Smith v. Astrazeneca Pharmaceuticals, L.P*., Civil No. 06-124-GPM (S.D. Ill. Feb. 21, 2006); *McCraney-Buzick v. Astrazeneca Pharmaceuticals, L.P.*, Civil No. 06-070-GPM (S.D. Ill. Feb. 21, 2006); *Kentshire Land, LLC v. General Star Indemnity Company*, Civil Action No: 05-5599 (JCL) (D.N.J. Feb. 16, 2006); *U.S. v. HARE*, Nos. 3:06-cv-13-RLY-WGH, EV 98-33-07-Y/H (S.D. Ind. Feb. 15, 2006); *Taylor v. Clayton*, No. 3:05-cv-195-RLY-WGH (S.D. Ind. Feb. 15, 2006); *Bishop v. Toys "R" US-NY LLC*, 414 F. Supp. 2d 385 (S.D.N.Y. 2006); *Palmer v. Astrazeneca Pharmaceuticals, L.P.*, Civil No. 06-71-GPM (S.D. Ill. Feb. 7, 2006); *LSQ Funding Group, L.C. v. Jetglobal, Llc*., No. 06 C 652 (N.D. Ill. Feb. 6, 2006); *Parrott v. U.S.*, No. 2:03-cv-0026-RLY-WGH (S.D. Ind. Feb. 3, 2006); *Easley v. Reuss*, No. 02-C-1065 (E.D. Wis. Feb. 2, 2006); *Cusakbc v. Abernathy*, Civil Action No. 05-1322 (W.D. La. Feb. 1, 2006); Dove V. Matrixx Initiatives, INC., Civil Action No. 05-2183 (W.D. La. Jan. 31, 2006); *Sturm Fix, Llp V. H. Vincent Harsha New Womyn LLC*, No. 03-4086 (C.D. Ill. Jan. 24, 2006); *Computer Source Na, Llc V. Dennis* (S.D.Ind. 2006); No. 1:06-cv-0071-DFH-WTL (S.D. Ind. Jan. 20, 2006); *Stark V. Abex Corporation*, No. 05 C 6987 (N.D. Ill. Jan. 5, 2006); *Action Enter. of Anderson v. Mansfield Oil Co. of Gainesville, C.A.* No. 8:05-3595-HMH (D.S.C. Jan. 4, 2006); *Campbell v. Air Transport International LTD*, No. 3:05 CV 7055 (N.D. Ohio Dec. 16, 2005); *Symes v. Harris*, Civil Action No. 03-cv-02272-RPM (D. Colo. Dec. 9, 2005); Fi*bre Corporation V. Gso America, INC*., Civil Action No. 5:04cv170-DCB-JCS (S.D. Miss. Dec. 8, 2005); *Caro Ventures Llc v. Bioset, INC*., Civil Action No. 05-1018 (W.D. La. Dec. 8, 2005); *Berkery v. Munjal*, Civil No. 05-3618 (RBK) (D.N.J. Dec. 2, 2005); *Grieveson v. Cottey*, 1:02-cv-1862-JDT-TAB (S.D. Ind. Nov. 15, 2005); *Guillen v. Hanks*, No. 1:05-cv-1080-RLY-TAB (S.D. Ind. Nov. 8, 2005); *Hardy v. Potter*, No. 03 C 7894 (N.D. Ill.

	Nov. 7, 2005); *Moore v. Wireless*, No. 02 C 2079 (N.D. Ill. Nov. 3, 2005); *Francis v. Snyder*, No. 04 C 4344 (N.D. Ill. Nov. 3, 2005); *Rapid Test Products, Inc. v. Durham School Services*, No. 03 C 2431 (N.D. Ill. Sep. 19, 2005); *McGee v. Dresnick*, No. 04 C 6684 (N.D. Ill. Aug. 24, 2005); *Systems America, Inc. v. Providential Bancorp, Ltd.*, No. 05 C 2161 (N.D. Ill. Aug. 19, 2005); *Reid v. United States Fire Insurance Co*., 05-C-280-C (W.D. Wis. July 18, 2005); *McConnell v. Iovino Boersma Enterprises, Inc.*, No. 04 C 4628 (N.D. Ill. June 23, 2005); *Goforth v. Bryant*, Case No.: 3:02 cv 1046 DGW (S.D. Ill. June 17, 2005); *Laurent v. Price Waterhouse Coopers LLP*, Civil No. 04-809-GPM (S.D. Ill. May 19, 2005); *Lucero v. WW2, LLC*, No. CIV 04-1202 BB/LFG (D.N.M. Apr. 29, 2005); *International Insurance Company v. Seguro*, No. 00 C 6703 (N.D. Ill. Mar. 17, 2005); *Continental 113 Fund v. William A. Randolph, Inc.*, No. 05 C 1414 (N.D. Ill. Mar. 14, 2005); *Shamrock Holdings of California, Inc. v. Arenson*, Civ. No. 04-1339-SLR (D. Del. Feb. 22, 2005); *Woolner v. Flair Communications Agency, Inc.*, No. 01 C 6043 (N.D. Ill. Jan. 31, 2005); *Woolner v. Flair Communications Agency*, Inc., No. 01 C 6043 (N.D. Ill. Jan. 27, 2005); *Shamrock Holdings of California, Inc. v. Arenson*, Civ. No. 04-1339-SLR (D. Del. Jan. 27, 2005*); J.F. Edwards Constr. Co. v. Int'l Union of Operating Engrs*, No. 03 C 6058 (N.D. Ill. Jan. 11, 2005); *Great American Insurance Company v. KR Transportation*, No. 04 C 1451 (N.D. Ill. Jan. 10, 2005); *Mackason v. Diamond Financial LLC*, 347 F. Supp. 2d 53 (S.D.N.Y. 2004); *Wachovia Securities, LLC v. Neuhauser*, No. 04 C 3082 (N.D. Ill. Nov. 4, 2004); *Robinson v. City of Harvey*, No. 99 C 3696 (N.D. Ill. Oct. 20, 2004); *Franzen v. Ellis Corporation*, No. 03 C 0641 (N.D. Ill. Sep. 13, 2004); *Blackmon-Mooring Steamatic Catastrophe v. County of Cook*, 04 C 3517 (N.D. Ill. Aug. 4, 2004); *Pelfresne v. Village of Lindenhurst*, No. 03 C 6905 (N.D. Ill. July 23, 2004); *Lewis v. City of Jeffersonville*, No. 4:02-cv-0221-DFH-WGH (S.D. Ind. July 6, 2004); *Intercon Construction v. Southeast Directional Drilling*, 04-C-225-C (W.D. Wis. June 23, 2004); *Intercon Construction v. Southeast Directional Drilling*, No. 04-C-225-C (W.D. Wis. June 15, 2004); *Entertainment, Inc. v. City of Northlake*, No. 03 C 692 (N.D. Ill. June 2, 2004); *Securities Exchange Commission v. Hollinger Int'l*, 04 C 0336 (N.D. Ill. Mar. 1, 2004); *Franzen v. Ellis Corporation*, No. 03 C 641 (N.D. Ill. Feb. 11, 2004); *Fogel v. Gordon Glickson, P.C.*, No. 03 c 1617 (N.D. Ill. Feb. 10, 2004); *The Gourmet Center, Inc. v. Sage Entrps, Inc*., No. 04 C 856 (N.D. Ill. Feb. 4, 2004); *Sangamon Investors, L.L.C. v. Health Ans., Inc.*, No. 04 C 70S (N.D. Ill. Jan. 30, 2004); *Amzak Corporation v. Reliant Energy, Inc.*, No. 03 C 0877 (N.D. Ill. Jan. 27, 2004); *Media Group v. Arent Fox Kitner Plotkin Kahn, PPLC*, CIVIL ACTION No. 3:03-cv-1017 (JCH) (D. Conn. Jan. 23, 2004); *Shulman v. Voyou, LLC*, No. CIV.A.02-1295(RMU) (D.D.C. Jan. 19, 2004); State Street Bank Trust Co. V. Ual Corporation, No. 03 C 2328 (N.D. Ill. Nov. 13, 2003); *Myers v. Howmedica Inc.*, No. 03 C 50381 (N.D. Ill. Oct. 17, 2003); *Malone v. Pipefitters Association*, 97 C3718 (N.D. Ill. Oct. 1, 2003); *Fogel v. Gordon Glickson*, No. 03 C 1617 (N.D. Ill. Sep. 3, 2003); Abn Amro Sage Corporation V. Pti Capital Management, 02 C 5256 (N.D. Ill. Aug. 18, 2003); *Sonoma Falls Developers, LLC v. Nevada Gold & Casinos, Inc*., 272 F. Supp. 2d 919 (N.D. Cal. 2003);

	Oblix, Inc. v. Winiecki, No. 02 C 6878 (N.D. Ill. July 1, 2003); City Of Naperville V. Comcast Of Illinois/West Virginia, No. 03 C 1512 (N.D. Ill. June 26, 2003*); D'Jock v. Strunk*, 02-C-381-C (W.D. Wis. June 13, 2003); *2125 North 15th Avenue Corp. v. Village of Melrose Park*, No. 00 C 680 (N.D. Ill. June 10, 2003); *Van Beek v. Ninkov*, 265 F. Supp. 2d 1037 (N.D. Iowa 2003); *Kirkland v. SSL Americas, Inc.*, 263 F. Supp. 2d 1326 (M.D. Ala. 2003); *Pendleton v. Lasalle National Bank*, No. 98 C 4536 (N.D. Ill. May 14, 2003); Arvida/Jmb Managers, Inc. V. U.S. Fire Insurance Company, No. 03 C 988 (N.D. Ill. May 8, 2003); *Johnson-Brown v. 2200 M Street LLC*, 257 F. Supp. 2d 175 (D.D.C. 2003); *Bell Enterprises Venture v. Santanna Natural Gas Corp*., No. 01 C 2212 (N.D. Ill. Mar. 10, 2003); *IFC Credit Corporation V. Mahon*, No. 03 C 1266 (N.D. Ill. Feb. 21, 2003); *Longview Aluminum, LLC v. Alcoa, Inc*., No. 03 C 709 (N.D. Ill. Feb. 5, 2003); *Capital City Financial Group, Inc. v. County of Cook*, No. 01 C 564 (N.D. Ill. Jan. 23, 2003); *Belbis v. County of Cook*, 01 C 6119 (N.D. Ill. Jan. 23, 2003); *Cole v. U.S. Capital, Inc*., No. 02 C 1858 (N.D. Ill. Jan. 16, 2003); *Rowell v. Voortman Cookies, Limited*, No. 02 C 0681 (N.D. Ill. Jan. 7, 2003); *U.S. ex Rel. Smith v. Briley*, No. 98 C 5450 (N.D. Ill. Dec. 12, 2002); *Financial Management Services, Inc. v. Coburn Supply Co*., No. 02 C 8928 (N.D. Ill. Dec. 11, 2002); *Knoll Pharmaceutical Co. v. Teva Pharmaceuticals USA*, No. 01 C 1646 (N.D. Ill. Dec. 9, 2002); *U.S. ex Rel. Koch v. Sternes*, No. 02 C 700 (N.D. Ill. Dec. 5, 2002); *Kerr v. WGN Continental Broadcasting Co.*, 229 F. Supp. 2d 880 (N.D. Ill. 2002); Rosen V. Scil, LLC., No. 02 C 7652 (N.D. Ill. Oct. 31, 2002); *Fararo v. Sink* LLC, No. 02 C 7717 (N.D. Ill. Oct. 31, 2002); *Bosshard Bogs, Llp V. Cliffstar Corporation*, 02-C-0034-C (W.D. Wis. Oct. 23, 2002); *In re Starlink Corn Products Liability Litigation*, No. 02 C 4517 (N.D. Ill. Oct. 2, 2002); *Underwriters Laboratories Inc. v. Solarcom LLC*, No. 02 C 3933 (N.D. Ill. Sep. 17, 2002); *Fenton v. Food Lion, Inc*., Civil Action No. 3:02CV00017 (W.D. Va. Aug. 23, 2002); *TPS Utilicom Services, Inc. v. AT & T Corp.*, 223 F. Supp. 2d 1089 (C.D. Cal. 2002); *Trowbridge v. Dimitri's 50's Diner L.L.C*., 208 F. Supp. 2d 908 (N.D. Ill. 2002); *Nipmuc Properties, LLC v. PDC-El Paso Meriden, LLC*, Civil Action No. 3:01CV2081(CFD) (D. Conn. June 25, 2002); *Trustmark Ins. Co. v. General Cologne Life re of America*, 00 C 1926 (N.D. Ill. May 23, 2002); *Tolemac, LLC v. Jackson*, No. 02 C 594 (N.D. Ill. Feb. 14, 2002); *Birdsong v. Westglen Endoscopy Center*, 176 F. Supp. 2d 1245 (D. Kan. 2001); Automotive Finance Corp. v. *Ridge Chrysler Plymouth*, No. 01 C 8146 (N.D. Ill. Dec. 14, 2001); *U.S. Fidelity Guaranty Co. v. the John Buck Co.*, No. 00 C 2460 (N.D. Ill. Oct. 23, 2001); *Reed Elsevier Inc. v. the Credit Index*, No. C-3-00-591 (S.D. Ohio Sep. 21, 2001); *Refco v. Herst Ventures*, No. 01 C G486 (N.D. Ill. Aug. 23, 2001); *Tango Music v. Deadquick Music*, No. 99 C 7331 (N.D. Ill. Aug. 6, 2001); *Aearo Co. v. Sungard Recovery Services Inc*., (S.D.Ind. 2001); IP 01-C-0050B/S (S.D. Ind. May 30, 2001); *Chen v. Mayflower Transit, Inc.*, 159 F. Supp. 2d 1103 (N.D. Ill. 2001); *Dersh Energies Inc. v. Shell Oil Company*, No. 99-CV-4217-JPG (S.D. Ill. May 18, 2001); *Tri-Partners v. Fiorenza*, Civil Action No. AW-00-3633 (D. Md. Mar. 26, 2001); *Beverage Realty, Inc. v. Ceatham Club LLC*, No. 01 C 1396 (N.D. Ill. Mar. 12, 2001); *Hill v. Shell Oil Company*, No. 98 C 5766 (N.D. Ill. Feb. 7,

	2001); *Victory Packaging v. Jackson Moving Services, L.L.C.*, No. 01 C 529 (N.D. Ill. Jan. 29, 2001); *Wardell v. City of Chicago*, 98 C 8002 (N.D. Ill. Aug. 25, 2000); *Figueroa v. City of Chicago*, No 97 C 8861 (N.D. Ill. July 25, 2000); *Alper v. Altheimer Gray*, No. 97 C 1200 (N.D. Ill. July 19, 2000); *Shandwick Holdings, Ltd. v. Carver Boat Corporation*, 93 F. Supp. 2d 1043 (E.D. Wis. 2000); Worth V. Tyer, 96 C 3539 (N.D. Ill. Apr. 27, 2000); *Hale v. Mastersoft Intern. Pty. Ltd.*, 93 F. Supp. 2d 1108 (D. Colo. 2000); *Daniels v. Federal Reserve Bank of Chicago*, 194 F.R.D. 609 (N.D. Ill. 2000); *Bower v. Stein Eriksen Lodge Owners Association, Inc*., No. 2:99CV155C (D. Utah Mar. 1, 2000); *Triad Motorsports v. Pharbco Marketing Group*, 104 F. Supp. 2d 590 (M.D.N.C. 2000); *Sybron Transition v. Security Ins. Co. of Hartford*, 158 F. Supp. 2d 906 (E.D. Wis. 2000); *Walker v. McCaughtry*, 72 F. Supp. 2d 1025 (E.D. Wis. 1999); *Exchange Point LLC v. United States Securities & Exchange Commission*, 100 F. Supp. 2d 172 (S.D.N.Y. 1999); *Freeborn Peters v. Jacobson*, 43 F. Supp. 2d 931 (N.D. Ill. 1999); *Greisz v. Household Bank (Illinois*); 8 F. Supp. 2d 1031 (N.D. Ill. 1998); *In re Malec*, Bankruptcy No. 12 B 30867 (Bankr. N.D. Ill. Mar. 6, 2014); *In re Johnson*, 480 B.R. 305 (Bankr. N.D. Ill. 2012); *First Weber Group v. Horsfall*, No. 10-12596, Adv. No. 10-00179 (Bankr. W.D. Wis. Dec. 8, 2011); *In Re: Kucharski*, Bankruptcy No. 10 B 14286 Chapter 7, Adversary No. 10 A 01570 (Bankr. N.D. Ill. Dec. 7, 2011); *Deady v. Hanson (In re Hanson);* 438 B.R. 144 (Bankr. N.D. Ill. 2010); *In re CMGT, Inc.*, Bankruptcy No. 04 B 31669, Adversary No. 07 A 00838 (Bankr. N.D. Ill. Aug. 11, 2010); *In Matter of Berg*, Bankruptcy No. 05 B 58649, Adversary No. 06 A 01026 (Bankr. N.D. Ill. June 25, 2008); *In re Teknek, LLC*, No. 05 B 27545 (Bankr. N.D. Ill. June 30, 2006); *In re Mark Scott Construction, LLC* (Bankr.N.D.Ind. 2004); No. 03-36440 HCD (Bankr. N.D. Ind. Apr. 23, 2004); *In the Matter of Securities Investor Prot. Corp.*, 274 B.R. 768 (Bankr. N.D. Ill. 2002); *Baures v. North Shore* F.D, 264 Wis. 2d 815 (Wis. Ct. App. 2003).
Devecmon v.Shaw. Court of Appeals of Maryland, 69 Md. 199, 14 A. 464 (1888)	Seguido por: *Harford County v. Town of Bel Air*, 348 Md. 363 (Md. 1998); *Snider Bros. v. Heft,* 271 Md. 409 (Md. 1974); *The Maccabees v. Lipps,* 182 Md. 190 (Md. 1943); *Development Co. v. Bearing Co.,* 183 Md. 399 (Md. 1944); *Anderson v. Truitt,* 158 Md. 193 (Md. 1930); *Weaver v. King*, 184 Md. 283 (Md. 1945); *Development Co. v. Bearing Co.,* 183 Md. 399 (Md. 1944); *Broaddus v. First Nat. Bank*, 161 Md. 116 (Md. 1931); *Broaddus v. First Nat. Bank*, 161 Md. 116 (Md. 1931); Weaver v. King, 184 Md. 283 (Md. 1945); *Buhler v. Trombly, Supreme Court of Michigan*, 108 N.W. 343 , 139 Mich. 557 (1906); *Palmer v. Board of Education,* 276 N.Y. 222 (N.Y. 1937); *Brearton V. De Witt*, 230 App. Div. 807 (N.Y. App. Div. 1930); *Nuhn v. Bank of Vermilion Co*., 29 Ohio App. 97 (Ohio Ct. App. 1928); *Palmer v. Board of Education,* 276 N.Y. 222 (N.Y. 1937); *Brearton v. De Witt*, 252 N.Y. 495 (N.Y. 1930); *Young v. Boyd*, 107 Md. 449 (Md. 1908)
Drennan v. Star Paving Co., 51	Citado en cientos de casos, entre ellos: *Foley Co. v. Warren Engineering Inc.,* 804 F. Supp. 1540 (N.D. Ga. 1992); *R.P. Carbone Constr. v. N. Coast Concrete*,

Cal.2d 409 (Cal. 1958)	88 Ohio App. 3d 505 (Ohio Ct. App. 1993); *Saliba-Kringlen Corp. v. Allen Engineering Co.,* 15 Cal.App.3d 95 (Cal. Ct. App. 1971); *Norcross v. Winters*, 209 Cal.App.2d 207 (Cal. Ct. App. 1962); *Alaska Bussell Elec. V. Vern Hickel Const*, 688 P.2d 576 (Alaska 1984); *Flintco Pacific, Inc. v. TEC Management Consultants, Inc.,* 1 Cal.App.5th 727 (Cal. Ct. App. 2016); C*omplete General Construction Co. v. Kard Welding, Inc*., 182 Ohio App. 3d 119 (Ohio Ct. App. 2009); *H.W. Stanfield Constr. v. Robert McMullan Son,* 14 Cal.App.3d 848 (Cal. Ct. App. 1971); *Preload Technology v. A.B. J. Const. Co*., 696 F.2d 1080 (5th Cir. 1983); *Apac-Southeast, Inc. v. Coastal Caisson Corp.,* 514 F. Supp. 2d 1373 (N.D. Ga. 2007); *Diede Construction, Inc. v. Monterey Mechanical Co.,* 125 Cal.App.4th 380 (Cal. Ct. App. 2004); *Hoel-Steffen Const. Co. v. United States*, 684 F.2d 843 (Fed. Cir. 1982); *PKG Contracting, Inc. v. Smith & Loveless*, *Inc.*, No. 20-CV-2646-JAR-KGG (D. Kan. Apr. 6, 2022); *Double AA Builders, Ltd. v. Grand State Construction L.L.C*., 210 Ariz. 503 (Ariz. Ct. App. 2005); *Loranger Construction Corp v. E.F. Hauserman Co*., 6 Mass. App. Ct. 152 (Mass. App. Ct. 1978); *Neptune Gunite Co. v. Monroe Enterprises*, 229 Cal.App.2d 439 (Cal. Ct. App. 1964); *Morrison v. Home Savings & Loan Assn.*, 175 Cal.App.2d 765 (Cal. Ct. App. 1959); *C. R. Fedrick, Inc. v. Borg-Warner Corp*., 552 F.2d 852 (9th Cir. 1977); *PKG Contracting, Inc. v. Smith & Loveless, Inc.,* 2:20-CV-02646-JAR (D. Kan. Nov. 22, 2022); *Pacific Arch. Collaborative v. State of Calif*, 100 Cal.App.3d 110 (Cal. Ct. App. 1979); *Aronowicz v. Nalley's, Inc.,* 30 Cal.App.3d 27 (Cal. Ct. App. 1972); *LAHR Construction Corp. v. J. Kozel & Son, Inc.,* 168 Misc. 2d 759 (N.Y. Sup. Ct. 1996*); C.G. Schmidt, Inc. v. Permasteelisa N. Am.,* 825 F.3d 801 (7th Cir. 2016); *Montgomery Indus., Etc. v. Thomas Const. Co.,* 620 F.2d 91 (5th Cir. 1980); *Debron Corp. v. National Homes Constr. Corp*., 493 F.2d 352 (8th Cir. 1974); *N. Litterio Company v. Glassman Constr. Co.,* 319 F.2d 736 (D.C. Cir. 1963); *Janke Construction Co., Inc. v. Vulcan Materials Co.*, 386 F. Supp. 687 (W.D. Wis. 1974); *Jackman Constr., Inc. v. Rock Springs Winnelson Co*., 385 P.3d 311 (Wyo. 2016); *Jackman Constr., Inc. v. Rock Springs Winnelson Co.,* 385 P.3d 311 (Wyo. 2016); *Weitz Co. v. Hands, Inc*., 294 Neb. 215 (Neb. 2016); *Steiner v. Thexton*, 48 Cal.4th 411 (Cal. 2010); *Strata Production v. Mercury Exploration*, 121 N.M. 622 (N.M. 1996); *Pavel Enterprises v. A. S. Johnson Company*, 342 Md. 143 (Md. 1996); *B W Glass v. Weather Shield MFG*, 829 P.2d 809 (Wyo. 1992); *Tolboe Const. v. Staker Paving Const*, 682 P.2d 843 (Utah 1984); *Collins v. Rocha*, 7 Cal.3d 232 (Cal. 1972); *Constructors Supply v. Bostrom Sheet Metal Works*, 291 Minn. 113 (Minn. 1971*); R & J Sheet Metal, Inc. v. Joseph Karscig, Inc.,* No. B301918 (Cal. Ct. App. Aug. 24, 2022); *Blix Street Records, Inc. v. Cassidy*, 191 Cal.App.4th 39 (Cal. Ct. App. 2010); *Bernards Bros., Inc. v. DiDonnas Masonry, Inc*., No. B160793 (Cal. Ct. App. July 15, 2003); *Branco Enterprises v. Delta Roofing,* 886 S.W.2d 157 (Mo. Ct. App. 1994); *Stockton Newspapers, Inc. v. Redevelopment Agency*, 171 Cal.App.3d 95 (Cal. Ct. App. 1985); *Lyon Metal Prod., Inc. v. Hagerman Const. Corp.,* 181 Ind. App. 336 (Ind. Ct. App. 1979); *Laks v. Coast Federal Savings & Loan Ass'n*, 60 Cal.App.3d 885 (Cal. Ct. App. 1976); *Swinerton & Walberg Co. v. City of Inglewood-Los Angeles County Civic Center Authority*, 40 Cal.App.3d 98 (Cal. Ct. App. 1974); *Bank of California v.*

	Connolly, 36 Cal.App.3d 350 (Cal. Ct. App. 1973); *Oakland-Alameda County Builders' Exchange v. F. P. Lathrop Const. Co*., 8 Cal.App.3d 75 (Cal. Ct. App. 1970); *Peterson Tractor Co. v. Orlando's Snack-Mobile*, 270 Cal.App.2d 787 (Cal. Ct. App. 1969); *French v. Board of Education,* 265 Cal.App.2d 955 (Cal. Ct. App. 1968); *Associated Creditors' Agency v. Haley Land Co*., 239 Cal.App.2d 610 (Cal. Ct. App. 1966); *Hilltop Properties v. State of California*, 233 Cal.App.2d 349 (Cal. Ct. App. 1965); *De Zemplen v. Home Federal Savings & Loan Ass'n,* 221 Cal.App.2d 197 (Cal. Ct. App. 1963); *Anchor Cas. Co. v. Surety Bond Sav. Loan Assn*, 204 Cal.App.2d 175 (Cal. Ct. App. 1962); *Kelley v. Rouse*, 188 Cal.App.2d 92 (Cal. Ct. App. 1961); *Tetrick v. Sloan*, 170 Cal.App.2d 540 (Cal. Ct. App. 1959); *E.A. Coronis Assocs. v. M. Gordon Constr. Co*., 90 N.J. Super. 69 (App. Div. 1966); *Sateriale v. R.J. Reynolds Tobacco Co*., 697 F.3d 777 (9th Cir. 2012); *Twin City Fire Ins. v. Philadelphia Life Ins. Co.,* 795 F.2d 1417 (9th Cir. 1986); John Price Associates, v. Warner Elec., Inc., 723 F.2d 755 (10th Cir. 1983); *John Price Associates, v. Warner Elec., Inc*., 723 F.2d 755 (10th Cir. 1983); *C. R. Fedrick, Inc. v. Sterling-Salem Corp.*, 507 F.2d 319 (9th Cir. 1974); *Premier Electrical Constr. v. Miller-Davis*, 422 F.2d 1132 (7th Cir. 1970); *Richards Constr. v. Air Conditioning Co*., 318 F.2d 410 (9th Cir. 1963); *Silicon Valley Bank v. Saggi,* No. 2:20-cv-17813-SRC-CLW (D.N.J. June 18, 2021); *Horrell v. Abb Enter. Software*, No. 1:20-cv-01454 (M.D. Pa. Mar. 23, 2021); *Salazar v. Quikrete Cos*., No: 1:18-cv-00765-RB-LF (D.N.M. Oct. 2, 2019); *Skyrise Constr. Grp., LLC v. Annex Constr., LLC*, No. 18-CV-381 (E.D. Wis. Feb. 20, 2019); *TransWest Capital, Inc. v. Cashless Concepts, Inc*., No. 1:12-cv-00049-SAB (E.D. Cal. May 17, 2013); *Sam Kohli Enterprises, Inc. V. Boc Group*, *INC*., No. 11CV299 DMS (BLM) (S.D. Cal. Aug. 1, 2011); *Schwarzkopf v. International Business Machines, No*. C 08-2715 JF (HRL) (N.D. Cal. May 12, 2010); *Hindi v. ExxonMobil Oil Corporation*, No. 07-cv-1664 WQH (LSP) (S.D. Cal. Sep. 10, 2008); *Clark Pacific v. Krump Const., Inc*., 942 F. Supp. 1324 (D. Nev. 1996); M*atherne Contrac. v. Grinnell Fire Pro*., 915 F. Supp. 818 (M.D. La. 1995); *Acri v. International Ass'n of Machinists and Aerospace Workers*, 595 F. Supp. 326 (N.D. Cal. 1984); *Air Conditioning Co. of Hawaii v. Richards Const*., 200 F. Supp. 167 (D. Haw. 1961); *Pinney & Topliff v. Chrysler Corp*., 176 F. Supp. 801 (S.D. Cal. 1959); *Donovan v. RRL Corp*., 26 Cal.4th 261 (Cal. 2001); *Asmus v. Pacific Bell*, 23 Cal.4th 1 (Cal. 2000); *Hawkins Constr. Co. v. Reiman Corp*., 245 Neb. 131 (Neb. 1994); *Four Nines Gold, Inc. v. 71 Const., Inc*., 809 P.2d 236 (Wyo. 1991); *Crook v. Mortenson-Neal*, 727 P.2d 297 (Alaska 1986); *Lamb Plumbing Heating Co. v. Kraus-Anderson*, 296 N.W.2d 859 (Minn. 1980); *Mitchell v. Siqueiros*, 99 Idaho 396 (Idaho 1978); *Southeastern Sand G. Co. v. Newell Roadbuild., Inc*., 282 Ala. 431 (Ala. 1968); *Ilfeld Co. v. Taylor*, 156 Colo. 204 (Colo. 1964); *Reynolds v. Texarkana Construction Co*., 237 Ark. 583 (Ark. 1964); *Union Tank Car Company v. Wheat Brothers*, 15 Utah 2d 101 (Utah 1964); *Rivera v. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.,* No. B194750 (Cal. Ct. App. July 11, 2008); *I & R Mechanical, Inc. v. Hazelton Manufacturing Co*., 62 Mass. App. Ct. 452 (Mass. App. Ct. 2004); *Bunkoff Gen. Contr. v. Dunham Elec*, 300 A.D.2d 976 (N.Y. App. Div. 2002); *Shoreline Communications, Inc. v. Norwich Taxi,* 70 Conn.

	App. 60 (Conn. App. Ct. 2002*); SKB Industries, Inc. v. Insite*, 250 Ga. App. 574 (Ga. Ct. App. 2001); *MDH Builders, Inc. v. Nabholz Construction Corp*., 70 Ark. App. 284 (Ark. Ct. App. 2000); *Rochon Corp. v. McGuire Mech*. SVCS, No. C0-98-597 (Minn. Ct. App. Dec. 15, 1998); *Traco, Inc. v. Arrow Glass Co*., 814 S.W.2d 186 (Tex. App. 1991); *Hoo Siong Chow v. Transworld Airlines*, 544 N.E.2d 548 (Ind. Ct. App. 1989); *New England Insulation v. General Dynamics Corp*., 26 Mass. App. Ct. 28 (Mass. App. Ct. 1988); *Powers Constr. Co., v. Salem Carpets*, 283 S.C. 302 (S.C. Ct. App. 1984); *Haselden-Langley Constructors, Inc. v. D.E. Farr & Associates, Inc.,* 676 P.2d 709 (Colo. App. 1983); *Pepsi-Cola General Bottlers, Inc. v. Woods*, 440 N.E.2d 696 (Ind. Ct. App. 1982); *Harry Harris, Inc. v. Quality Const. Co*., 593 S.W.2d 872 (Ky. Ct. App. 1980); *C. G. Campbell Son, Inc. v. Comdeq Corp*., 586 S.W.2d 40 (Ky. Ct. App. 1979); *Ferrer v. Taft Structurals*, 21 Wn. App. 832 (Wash. Ct. App. 1978); *Bumby Stimpson v. S. Reinforcing*, 348 So. 2d 1216 (Fla. Dist. Ct. App. 1977*); S.N. Nielsen Co. v. Nat'l Heat Power Co*., 32 Ill. App. 3d 941 (Ill. App. Ct. 1975); *Rochester Plumbing v. Burgart, Inc.,* 49 A.D.2d 78 (N.Y. App. Div. 1975); *Wargo Builders, Inc. v. Douglas L. Cox Plumbing & Heating, Inc*., 26 Ohio App. 2d 1 (Ohio Ct. App. 1971); *Healy v. Brewster*, 23 Cal. Rptr. 917 (Cal. Ct. App. 1962); *Drennan v. Star Paving Co*., 323 P.2d 477 (Cal. Ct. App. 1958); *Favolise v. Highville Charter School*, 2009 Ct. Sup. 14644 (Conn. Super. Ct. 2009)
Feinberg v. Pfeiffer Company, 322 S.W.2d 163 (Mo. Ct. App. 1959)	Citado por: *City of Warrensburg v. RCA Corp*., 571 F. Supp. 743 (W.D. Mo. 1983); *Delmo, Inc. v. Maxima Elec. Sales, Inc*., 878 S.W.2d 499 (Mo. Ct. App. 1994); *Stoetzel v. Continental Textile Corp., America*, 768 F.2d 217 (8th Cir. 1985); *Saffo v. Occidental Life Ins. Co. of Calif*, 602 F.2d 1265 (8th Cir. 1979); *Pitts v. McGraw-Edison Company*, 329 F.2d 412 (6th Cir. 1964); *Burst v. Adolph Coors Co.,* 503 F. Supp. 19 (E.D. Mo. 1980); *Lemaitre v. Massachusetts*, 452 Mass. 753 (Mass. 2008); *Hayes v. Plantations Steel Co.,* 438 A.2d 1091 (R.I. 1982); *State ex Rel. D. W. v. Hensley*, 574 S.W.2d 389 (Mo. 1978*); Coker v. Richtex Corporation*, 261 S.C. 402 (S.C. 1973); *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.,* 26 Wis. 2d 683 (Wis. 1965); *Snater v. Walters*, 250 Iowa 1189 (Iowa 1959); Midwest Energy, Inc. v. Orion Food Sys., No. ED75323 (Mo. Ct. App. Jan. 25, 2000); Midwest Energy, Inc. v. Orion Food Sys, 14 S.W.3d 154 (Mo. Ct. App. 2000); *Commercial Bank of Gideon v. Bien Co*., 830 S.W.2d 503 (Mo. Ct. App. 1992); *Geisinger v. a B Farms, Inc.,* 820 S.W.2d 96 (Mo. Ct. App. 1991); *Miles Homes v. First State Bank*, 782 S.W.2d 798 (Mo. Ct. App. 1990); *Footwear Unlimited, Inc. v. Katzenberg,* 683 S.W.2d 291 (Mo. Ct. App. 1984*); Kulins v. Malco, a Microdot Co., Inc*., 121 Ill. App. 3d 520 (Ill. App. Ct. 1984); *Mayer v. King Cola Mid-America, Inc.,* 660 S.W.2d 746 (Mo. Ct. App. 1983); *Nilsson v. Cherokee Candy Tobacco Co.*, 639 S.W.2d 226 (Mo. Ct. App. 1982); *Otten v. Otten,* 632 S.W.2d 45 (Mo. Ct. App. 1982); *Katz v. Danny Dare, Inc*., 610 S.W.2d 121 (Mo. Ct. App. 1981); *Lesser v. Rubin,* 548 S.W.2d 860 (Mo. Ct. App. 1977); *Guild Management Co. v. Oxenhandler,* 541 S.W.2d 687 (Mo. Ct. App. 1976); *Coffman Industries v. Gorman-Taber*, 521 S.W.2d 763 (Mo. Ct. App. 1975); *Martin v. Star Cooler Corp*., 484 S.W.2d 32 (Mo. Ct. App. 1972*); Geiwitz v. Geiwitz*, 473 S.W.2d 781 (Mo. Ct. App. 1972); *Buxton v. Horn,* 452 S.W.2d

	250 (Mo. Ct. App. 1970); *Goll v. Kahler*, 422 S.W.2d 359 (Mo. Ct. App. 1967); *Molumby v. Shapleigh Hardware Company*, 395 S.W.2d 221 (Mo. Ct. App. 1965); *Straughan v. Asher*, 372 S.W.2d 489 (Mo. Ct. App. 1963*); Morsinkhoff v. De Luxe Laundry & Dry Cleaning* Co., 344 S.W.2d 639 (Mo. Ct. App. 1961); *Parnas v. Universal-Engel Paper Box*, 333 S.W.2d 316 (Mo. Ct. App. 1960); *Ziotas v. the Reardon Law Firm,* 2000 Ct. Sup. 13053 (Conn. Super. Ct. 2000); *Vocke v. Bk. Tr.* Co., 28 Ohio Misc. 58 (Ohio Misc. 1971).
Goodman v. Dicker, 83 U.S.App. D.C. 35 169 F.2d 684 (1948)	Citado en *Wheeler v. White*, 398 S.W.2d 93 (Tex. 1966); *US Ecology, Inc. v. State*, 129 Cal.App.4th 887 (Cal. Ct. App. 2005); *Walters v. Marathon Oil Co*., 642 F.2d 1098 (7th Cir. 1981); *Garcia v. Von Micsky*, 602 F.2d 51 (2d Cir. 1979); *Consumers Union of U.S., Inc. v. Kissinger,* 506 F.2d 136 (D.C. Cir. 1974); *Jonathan Woodner Co. v. Aetna Insurance Co.,* 442 F.2d 754 (D.C. Cir. 1971); *National Savings Trust Company v. Kahn*, 300 F.2d 910 (D.C. Cir. 1962); *Bruce Foods Corp. v. Tex. Gas Serv.*, No. EP-13-CV-231-KC (W.D. Tex. Feb. 19, 2014); *Woodland Harvesting, Inc. v. Georgia Pac. Corp.,* No. 09-10736 (E.D. Mich. Oct. 4, 2011); *Contel Global Marketing, Inc. v. Cotera*, Civil Action No. 01-238 (SRC) (MAS) (D.N.J. July 15, 2010); *Contel Global Marketing, Inc. v. Cotera*, Civil Action No. 01-238 (SRC) (MAS) (D.N.J. July 15, 2010); *Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King*, 680 F. Supp. 753 (D.S.C. 1988); *Broderick v. Catholic University of America,* 365 F. Supp. 147 (D.D.C. 1973); *L. S. Good & Co. v. H. Daroff & Sons, Inc*., 279 F. Supp. 925 (N.D.W. Va. 1968); *Wright v. United States Rubber Co*., 280 F. Supp. 616 (D. Or. 1967); *Morrison v. International Harvester Company of America,* 204 F. Supp. 6 (D. Colo. 1962); *Pearson Bros. Co., Inc. v. Pearson*, 113 B.R. 469 (Bankr. C.D. Ill. 1990); *MBA, Inc. v. VNU Amvest, Inc. (In re MBA, Inc.);* 51 B.R. 966 (Bankr. E.D. Va. 1985); *Westfed Holdings, Inc. v. U.S.*, Nos. 92-820 C (Fed. Cl. Mar. 22, 2002); *Farm Crop Energy v. Old National Bank,* 109 Wn. 2d 923 (Wash. 1988); *American Century Mortgage Investors v. Unionamerica Mortgage & Equity Trust*, 355 A.2d 563 (D.C. 1976); *In re Estate of Himmelfarb*, 345 A.2d 477 (D.C. 1975); *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.,* 26 Wis. 2d 683 (Wis. 1965); *Hardison v. Shirlington Trust Company*, 148 A.2d 88 (D.C. 1959); *Chrysler Corp. v. Quimby*, 51 Del. 264 (Del. 1958); *Schafer v. Fraser*, 206 Or. 446 (Or. 1956); *Peoples Nat. Bank of L.R. v. Linebarger Con. Co*., 219 Ark. 11 (Ark. 1951); *Devon Med v. Ryvmed Medical, Inc*., 60 So. 3d 1125 (Fla. Dist. Ct. App. 2011); *Roberts v. Geosource Drilling*, 757 S.W.2d 48 (Tex. App. 1988); *Mooney v. Craddock*, 35 Colo. App. 20 (Colo. App. 1974); *Swinerton & Walberg Co. v. City of Inglewood-Los Angeles County Civic Center Authority,* 40 Cal.App.3d 98 (Cal. Ct. App. 1974); *Tiffany Incorporated v. W.M.K. Transit Mix, Inc*., 16 Ariz. App. 415 (Ariz. Ct. App. 1972); Prince v. Miller Brewing Company, 434 S.W.2d 232 (Tex. Civ. App. 1968); *Barbier v. Barry*, 345 S.W.2d 557 (Tex. Civ. App. 1961)
Greiner v. Greiner, 131	Este caso ha sido seguido en varios otros casos, incluyendo, por ejemplo: Bouton v. Byers, Court of Appeals of Kansas, 50 Kan.App.2d 35, 321 P.3d 780 (14 Marzo 2014); *Decatur County Feed Yard, Inc. v. Fahey,* 974 P.2d 569 , 266

Kan. 760 (1930)	Kan. 999 (1999); *In re Shirk's Estate*, 186 Kan. 311 , 350 P.2d 1 (1960); *Walker v. Ireton,* 559 P.2d 340 , 221 Kan. 314 (1977); *Marker v. Preferred Fire Ins. Co*., 506 P.2d 1163 , 211 Kan. 427 (1973); *Care Display, Inc. v. Didde-Glaser, Inc*., 589 P.2d 599 , 225 Kan. 232 (1979); *Roberts v. Coffey,* 198 Kan. 695 , 426 P.2d 30 (1967); *Wheeler v. White*, 398 S.W.2d 93 (1965); *Schafer v. Fraser,* 206 Or. 446, 290 P.2d 190 (1955); *Supica v. Armour & Company*, 131 Kan. 756, 293 P. 483 (1930); *French v. French*, 161 Kan. 327 , 167 P.2d 305 (1946); *Mary Potter Love, Inc. v. Medart*, 198 S.W.2d 386 (1946); *Craig v. Sanders,* 133 Kan. 97 , 298 P. 792 (1931); *Kirkpatrick v. Seneca Nat. Bank*, 213 Kan. 61 , 515 P.2d 781 (1973); *Alpark Distributing, Inc. v. Poole,* 95 Nev. 605, 600 P.2d 229 (1979)
Grouse v Group Health Plan, Inc., 306 N.W. 2d 114 (Minn. 1981)	Citado por: *Le v. Oxford Glob. Res., LLC,* No. H044955 (Cal. Ct. App. July 29, 2020); *Corum v. Farm Credit Services*, 628 F. Supp. 707 (D. Minn. 1986); *Newton v. Kenific Grp*., 62 F. Supp. 3d 439 (D. Md. 2014); *Harter v. St. Mary's Duluth Clinic Health Sys*., Civil No. 11-2320 ADM/LIB (D. Minn. Jan. 29, 2013); *McDonald v. JP Marketing Associates, LLC*, Civil No. 06-4328 ADM/AJB (D. Minn. Apr. 13, 2007); *Burns v. Kraft Foods North America, Inc*., 03-CV-5015(JMR/FLN) (D. Minn. Aug. 25, 2004); *Ferris v. Bodycote Lindberg Corp.,* Civil File No. 01-1689 (MJD/JGL) (D. Minn. June 30, 2003); *Casazza v. Kiser*, 313 F.3d 414 (8th Cir. 2002); *Fox v. T-H Continental Limited Partnership*, 78 F.3d 409 (8th Cir. 1996); *Decker v. HSBC Bank U.S.,* 22-CV-510 (NEB/JFD) (D. Minn. Oct. 3, 2022); *Spice Corp. v. Foresight Mktg. Partners, Inc.,* Civil No. 07-4767 (JNE/JJG) (D. Minn. Dec. 22, 2011); *New England Network-Reps v. Micom Corp*., Civil No. 09-3613 (DWF/TNL) (D. Minn. May 11, 2011); *Chandramouli Vaidyanathan v. Seagate US LLC*, Civil No. 09-1212 (DWF/JSM) (D. Minn. July 21, 2010); *Krutchen v. Zayo Bandwidth Northeast, LLC*, 591 F. Supp. 2d 1002 (D. Minn. 2008); *Goff-Hamel v. Obstetricians Gyns., P.C,* 256 Neb. 19 (Neb. 1999); Spanier v. TCF Bank Savings, 495 N.W.2d 18 (Minn. Ct. App. 1993); *Whipple v. Independent School D*. No. 621, 424 N.W.2d 559 (Minn. Ct. App. 1988); *Peck v. Imedia, Inc.*, 293 N.J. Super. 151 (App. Div. 1996); *InCompass IT, Inc. v. XO Communications Services, Inc.,* 719 F.3d 891 (8th Cir. 2013); *Friedman v. BRW, Inc*., 40 F.3d 293 (8th Cir. 1994); *Poff v. Western Nat. Mut. Ins. Co.,* 13 F.3d 1189 (8th Cir. 1994); *Westside Galvanizing v. Georgia-Pacific*, 921 F.2d 735 (8th Cir. 1990); *Haig v. Dartmouth-Hitchcock Med. Ctr.*, Civil Action 2:19-cv-179-kjd (D. Vt. Jan. 31, 2023); *BCBSM, Inc. v. GS Labs*., 22-cv-513 (ECT/DJF) (D. Minn. Jan. 30, 2023); *Kuklenski v. Medtronic U.S.,* Inc., 22-cv-438 (ECT/JFD) (D. Minn. Oct. 12, 2022); *Reynolds v. Concordia Univ*., St. Paul, 21-cv-2560 (ECT/DTS) (D. Minn. May 3, 2022); *Optumhealth Care Sols. v. Sports Concussion Inst. Glob., Inc.*, CIVIL No. 18-800(DSD/BRT) (D. Minn. Oct. 29, 2020); *Zhang v. UnitedHealth Grp.*, 367 F. Supp. 3d 910 (D. Minn. 2019); *Genz-Ryan Plumbing & Heating Co. v. Weyerhaeuser NR Co.*, 352 F. Supp. 3d 901 (D. Minn. 2018); *Transp. Drivers, Inc. v. Coca-Cola Refreshments U.S., Inc.,* Civil No. 16-1074 (DWF/BRT) (D. Minn. Aug. 2, 2018); *Diocese of St. Cloud v. Arrowood Indem. Co.,* Civil No. 17-2002 (JRT/LIB) (D. Minn. Mar. 5, 2018); *Transp. Drivers, Inc. v. Coca-Cola Refreshments USA, Inc*., Civil No. 16-1074 (DWF/BRT) (D. Minn. May 10,

	2017); *Reisdorf v. 13, LLC*, 129 F. Supp. 3d 751 (D. Minn. 2015); *Toomey v. Dahl*, 63 F. Supp. 3d 982 (D. Minn. 2014); *Newpaper, LLC v. Party City Corp*., Civil No. 13-1735 ADM/LIB (D. Minn. July 1, 2014); *InCompass IT, Inc. v. XO Commc'n Servs., Inc*., Case No.: 10-cv-03864 (SRN/JJG) (D. Minn. July 5, 2012); *LeJeune Steel Co. v. New Millennium Bldg. Sys., LLC*, No. 11-cv-1463 (JNE/SER) (D. Minn. Mar. 29, 2012); *InCompass IT, Inc. v. XO Commc'n Servs. Inc.,* Civil No. 10-3864 (SRN/JJG) (D. Minn. Jan. 5, 2012); *Vang v. Dental Delivery Systems Of Brooklyn Park P.A*, Civil No. 09-3032 (DSD/JJK) (D. Minn. Dec. 16, 2010); *Krutchen V. Zayo Bandwidth Northeast*, *LLC*, Civil No. 08-4737 (DWF/FLN) (D. Minn. Mar. 1, 2010); *Klosek v. American Express Company*, Civil No. 08-426 (JNE/JJG) (D. Minn. Aug. 26, 2008); *Lappen v. Genuia Garment International*, Inc., Civil No. 03-6110 (DWF/SRN) (D. Minn. Feb. 9, 2005); *Slidell Inc. v. Millennium Inorganic Chemicals, Inc*., Civil No. 02-213 (JRT/FLN) (D. Minn. June 28, 2004); *Lincoln v. Sears Home Improvement Products, Inc.,* Civil No. 02-840 (DWF/SRN) (D. Minn. Jan. 9, 2004); *Sick, Inc. v. Motion Control Corp*., Civil No. 01-1496 (JRT/FLN) (D. Minn. June 19, 2003); Huber Sons, Inc. v. Service Corp. Inter., No. 01-1583 (RHK/JSM) (D. Minn. Mar. 13, 2003); *Signcad Technology Corporation v. Signcad Systems, Inc.*, Civil No. 02-4786 (JRT/FLN) (D. Minn. Feb. 20, 2003); *Best Vendors Co. v. Air Express, Inc.,* Civil No. 00-2224 (JRT/FLN) (D. Minn. Sep. 23, 2002); *Huber and Sons, Inc. v. Service Corporation International*, Civ. No. 01-1583 (RHK/AJB) (D. Minn. June 17, 2002); *Kattke v. the Independent Order of Foresters,* Civil No. 00-276 ADM/AJB (D. Minn. May 22, 2001); *DeJong v. City of Sioux Center*, 980 F. Supp. 1010 (N.D. Iowa 1997); *Servais v. T.J. Management of Minneapolis, Inc*., 973 F. Supp. 885 (D. Minn. 1997); *Guinness Import Co. v. Mark VII Distributors, Inc*., 971 F. Supp. 401 (D. Minn. 1997); *Neely v. American Family Mut. Ins. Co.*, 930 F. Supp. 360 (N.D. Iowa 1996); *Edwards v. United States Fidelity and Guar*. Co., 848 F. Supp. 1460 (N.D. Cal. 1994); *Schibursky v. International Business Machines Corp.,* 820 F. Supp. 1169 (D. Minn. 1993); *Stock v. Heiner*, 696 F. Supp. 1253 (D. Minn. 1988); *Cocchiara v. Lithia Motors, Inc*., 353 Or. 282 (Or. 2013); *Schoff v. Combined Ins. Co. of America*, 604 N.W.2d 43 (Iowa 1999); *Knudsen v. Northwest Airlines, Inc*., 450 N.W.2d 131 (Minn. 1990); *Afscme Councils* 6, 14, 65 and 96 v. Sundquist, 338 N.W.2d 560 (Minn. 1983); *Christensen v. Mpls. Mun. Emp. Retire. Bd*., 331 N.W.2d 740 (Minn. 1983); *Schrock v. A.R. Bldg. Co*., 2021 Ohio 2831 (Ohio Ct. App. 2021); *KBW Assocs., Inc. v. W.L. Hall Co*., A14-0678 (Minn. Ct. App. Mar. 30, 2015); *Capital Midwest Fund, LP v. Johnson*, A13-2023 (Minn. Ct. App. July 14, 2014); *Heffron v. Burlington Northern & Santa Fe Ry. Co.,* A11-2039 (Minn. Ct. App. Aug. 6, 2012*); Gscribe, Inc. v. Soteria Imaging Serv., LLC*, No. A11-265 (Minn. Ct. App. Sep. 12, 2011); *Hempel v. Nor-Son, Inc*., No. A09-2004 (Minn. Ct. App. July 6, 2010); *Stiehm V. City of Dundas*, No. A07-1471 (Minn. Ct. App. July 1, 2008); *Peoples v. Buffets*, No. A06-1584 (Minn. Ct. App. Aug. 14, 2007); *Chester Creek Tech. v. Kessler,* No. A06-505 (Minn. Ct. App. Jan. 2, 2007); *May v. Harris Mgmt. Corp*., 928 So. 2d 140 (La. Ct. App. 2005); *Graham v. Independent Sch. Dist*. 625, No. A05-201 (Minn. Ct. App. Nov. 29, 2005); *Watson's Properties,*

	LLC v. Menard, Inc., No. C0-01-2085 (Minn. Ct. App. June 19, 2002); *Thompson v. Afl-Cio Labor Temple Assn,* No. C7-01-1404 (Minn. Ct. App. May 7, 2002); *Olson v. Synergistic Tech. Business Sys*, Nos. C0-99-769, C8-99-776 (Minn. Ct. App. Jan. 25, 2000*); S J Transport Storage v. Nelson,* No. C6-99-842 (Minn. Ct. App. Dec. 14, 1999); *Bandal v. Baldwin*, No. C8-99-972 (Minn. Ct. App. Dec. 7, 1999); *Erickson v. Cannon Valley Co-operative*, No. C8-98-1934 (Minn. Ct. App. May 4, 1999); *Erickson v. Cannon Valley Co-operative*, No. C8-98-1934 (Minn. Ct. App. May 4, 1999); *Deli v. University of Minnesota*, 578 N.W.2d 779 (Minn. Ct. App. 1998); *Leonardi v. City of Hollywood*, 715 So. 2d 1007 (Fla. Dist. Ct. App. 1998); *Jones v. Northland Comm. Corp*., No. C8-97-2300 (Minn. Ct. App. May 5, 1998); *Miller's Fairway, Inc. v. Schoenborn*, No. C9-97-796 (Minn. Ct. App. Dec. 16, 1997); *Webster v. Jostens, Inc.*, No. C2-96-15 (Minn. Ct. App. Sep. 10, 1996); *Cristescu v. McEachran*, No. C1-96-118 (Minn. Ct. App. July 2, 1996); *Michaelson v. Minnesota Min. Mfg. Co.,* 474 N.W.2d 174 (Minn. Ct. App. 1991); *United Shippers Co-op. v. Soukup,* 459 N.W.2d 343 (Minn. Ct. App. 1990); *Sheppard v. Morgan Keegan Co*., 218 Cal.App.3d 61 (Cal. Ct. App. 1990); *McNeill & Associates, Inc. v. ITT Life Insurance Corp*., 446 N.W.2d 181 (Minn. Ct. App. 1989); *Rognlien v. Carter*, 443 N.W.2d 217 (Minn. Ct. App. 1989); *Bratton v. Menard Inc*., 438 N.W.2d 116 (Minn. Ct. App. 1989); *Alfano v. AAIM Management Ass'n*, 770 S.W.2d 743 (Mo. Ct. App. 1989); *Harris v. Mardan Business Systems, Inc.*, 421 N.W.2d 350 (Minn. Ct. App. 1988); *Mers v. Dispatch Printing Co.*, 39 Ohio App. 3d 99 (Ohio Ct. App. 1988); *Dumas v. Kessler Maguire Funeral Home*, 380 N.W.2d 544 (Minn. Ct. App. 1986); *Froelich v. Aspenal, Inc.,* 369 N.W.2d 37 (Minn. Ct. App. 1985); *Goldstein v. Unilever*, 2004 Ct. Sup. 6848 (Conn. Super. Ct. 2004)
Hoffman v. Red Owl Store, Inc., 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965)	Citado por muchos casos, por ejemplo*: Cent. Jersey Constr. Equip. Sales v. LBX Co.* No. 22-5581 (6th Cir. Apr. 26, 2023); *Haig v. Dartmouth-Hitchcock Med. Ctr.* Civil Action 2:19-cv-179-kjd (D. Vt. Jan. 31, 2023); *Dynamic Concrete Resurfacing, LLC v. Fowler & Hammer, Inc.,* No. 2021AP2173 (Wis. Ct. App. Sep. 9, 2022); *Advanced Trucking & Servs. v. The Hanover Ins. Co.* No. 2021AP744 (Wis. Ct. App. Jul. 13, 2022); *Hallam v. Neenah Foundry Co.* No. 21-C-1190 (E.D. Wis. May. 12, 2022); *Stroh Die Cast LLC v. Stoneridge Control Devices, Inc.,* 20-cv-855-jdp (W.D. Wis. Jan. 20, 2022); *Or. Potato Co. v. Kerry Inc*., 575 F. Supp. 3d 1064 (W.D. Wis. 2021); *NovaTech Sols. v. Integration Partners Corp*., 18-cv-2037-bhl (E.D. Wis. Aug. 25, 2021); *Cloud I Q LLC v. RADAR_Apps, Inc*. (In re Cloud I Q LLC); Case No. 19-23680-gmh (Bankr. E.D. Wis. May. 22, 2020); *Skyrise Constr. Grp. v. Annex Constr., LLC,* 956 F.3d 950 (7th Cir. 2020); *Butler v. Elec. Ins. Co.*, Case No. 19-CV-146 (E.D. Wis. Aug. 21, 2019); *Prep Tours, Inc. v. Am. Youth Soccer Org*., 913 F.3d 11 (1st Cir. 2019); *Kunde v. Estate of Bowman*, 920 N.W.2d 803 (Iowa 2018); *Sanchelima Int'l, Inc. v. Wabash Nat'l Corp*., 18-cv-31-jdp (W.D. Wis. Aug. 13, 2018); *Cleland v. Mortara Instrument, Inc*., Case No. 17-C-0275 (E.D. Wis. Jun. 15, 2018); *Kelly v. Cole,* Appeal No. 2016AP2245 (Wis. Ct. App. Nov. 14, 2017); *Maher v. Tex. Roadhouse Mgmt. Corp*., 262 F. Supp. 3d 772 (W.D. Wis. 2017); *JP Morgan Chase Bank Nat'Lass'N v. Bach,* Appeal No. 2014AP2781

	(Wis. Ct. App. Jun. 14, 2017); *Emirat AG v. High Point Printing LLC*, 248 F. Supp. 3d 911 (E.D. Wis. 2017); *Haertle v. Brennan Inv. Grp., LLC,* Case No. 14-CV-1347 (E.D. Wis. Mar. 8, 2017); *Hoffman v. Scenic Ridge Verona,* LLC, Appeal No. 2014AP1766 (Wis. Ct. App. Feb. 23, 2017); *Healthwerks, Inc. v. Howmedica Osteonics Corp*., Case No. 14-cv-93-PP (E.D. Wis. Sep. 30, 2016); *Townsend v. Neenah Joint Sch. Dist.,* 886 N.W.2d 593 (Wis. Ct. App. 2016); *C.G. Schmidt, Inc. v. Permasteelisa N. Am.,* 825 F.3d 801 (7th Cir. 2016); *RMS of Wis., Inc. v. S-K JV*, Case No. 13-CV-1071 (E.D. Wis. Mar. 31, 2016); *Manitowoc Cranes, Inc. v. Mach. Tool Techs., Inc*. 879 N.W.2d 809 (Wis. Ct. App. 2016); *Green Tree Servicing, LLC v. Lorang*, 2016 WI App. 18 (Wis. Ct. App. 2016); *New Life of Crivitz, LP v. Peshtigo River Inn at Crivitz, LLC,* 869 N.W.2d 170 (Wis. Ct. App. 2015); *Healthwerks, Inc. v. Biomet Spine, LLC*, Case No. 14-cv-93-pp (E.D. Wis. May. 15, 2015); *Randall v. PNC Capital Mkts. LLC,* 862 N.W.2d 903 (Wis. Ct. App. 2015); *Ultratec, Inc. v. Sorenson Commc'ns, Inc.,* 14-cv-66-bbc (W.D. Wis. Aug. 28, 2014); *Schuetta v. Aurora Nat'l Life Assurance Co*., 30 F. Supp. 3d 800 (E.D. Wis. 2014); *Don-Rick, Inc. v. QBE Americas*, 995 F. Supp. 2d 863 (W.D. Wis. 2014); *Pulsifer v. U.S. Bank, Nat'l Ass'n, Bankruptcy*, Case No. 12-36562-svk (E.D. Wis. Jan. 8, 2014); *Bank of Am., N.A. v. Raschke*, 835 N.W.2d 291 (Wis. Ct. App. 2013); *T&M Inventions, LLC v. Acuity Brands Lighting, Inc*., Case No. 12-C-0091 (E.D. Wis. Apr. 23, 2013); *Bach v. Centocor Ortho Biotech, Inc*., 519 F. App'x 937 (7th Cir. 2013); *Eivaz v. Edwards*, Case No. 12-C-910 (E.D. Wis. Mar. 13, 2013); *Reddinger v. Sena Severance Pay Plan*, 707 F.3d 702 (7th Cir. 2013); *Bach v. Centocor Ortho Biotech Inc*., Case No. 11-C-0444 (E.D. Wis. Mar. 29, 2012); *Woodland Harvesting, Inc. v. Georgia Pac. Corp*., Case No. 09-10736 (E.D. Mich. Oct. 4, 2011); *Iowa Pac. Holdings, LLC v. Nat'l R.R. Passenger Corp*., Civil Action No. 09-cv-02977-REB-KLM (D. Colo. Aug. 16, 2011); *Dixon v. Wells Fargo Bank, N.A*., 798 F. Supp. 2d 336 (D. Mass. 2011); *Apple, Inc. v. Motorola Mobility*, Inc., 11-cv-178-bbc (W.D. Wis. Jun. 7, 2011); *Syed Alam, Alam Company v. Miller Brewing Co.,* Case No. 10-C-512 (E.D. Wis. May. 26, 2011); *Non Typical Inc. v. Transglobal Logistics Group Inc.,* Case No. 10-C-1058 (E.D. Wis. May. 11, 2011); *Stucchi USA, Inc. v. Hyquip, Inc*., Case No. 09-CV-732 (E.D. Wis. Apr. 20, 2011); *SJ Properties Suites v. Specialty Finance Group, LLC*, Case No. 10-CV-00198 (E.D. Wis. Aug. 25, 2010); *Gebhardt v. Bosben,* 2010 WI App. 100 (Wis. Ct. App. 2010); *Western Leather v. Busalacchi*, 788 N.W.2d 384 (Wis. Ct. App. 2010); *Dry Dock, L.L.C. v. Godfrey Conveyor Company, Inc.,* 717 F. Supp. 2d 825 (W.D. Wis. 2010); *Pertzsch Design, Inc. v. Gundersen Luth. Health Syst.*, 647 F. Supp. 2d 1064 (W.D. Wis. 2009); *Tensfeldt v. Haberman*, 2009 WI 77 (Wis. 2009); *Newton Tractor Sales v. Kubota Tractor*, 233 Ill. 2d 46 (Ill. 2009); *Lindquist Ford v. Middleton Motors*, 557 F.3d 469 (7th Cir. 2009); *McCoy v. Occhino*, 763 N.W.2d 247 (Wis. Ct. App. 2008); *Kraft v. Arden*, CV. 07-487-PK (D. Or. Nov. 7, 2008); *McLellan v. Charly*, 2008 WI App. 126 (Wis. Ct. App. 2008); *Rittenhouse v. Hulce*, 756 N.W.2d 477 (Wis. Ct. App. 2008); *Valerio v. Cygnus Business Media, Inc.,* No. 06 C 4752 (N.D. Ill. Mar. 31, 2008); *Lindquist Ford, Inc. v. Middleton Motors, Inc.*, 07-C-0012-C (W.D. Wis. Nov. 7, 2007); *Tynan v. JBVBB, LLC,* 743 N.W.2d 730 (Wis. Ct. App. 2007); *Uniek,*

	Inc. v. Dollar General Corp., 500 F. Supp. 2d 1158 (W.D. Wis. 2007); *Knauf Realty, LLC v. Prudential Real Estate Affiliates, Inc*., 486 F. Supp. 2d 855 (W.D. Wis. 2007); *Skebba v. Kasch*, 2006 WI App. 232 (Wis. Ct. App. 2006); *Miller v. Magnetek, Inc.*, Case No. 03-C-0361 (E.D. Wis. Mar. 31, 2006); *Jones v. Denver Public Schools*, 427 F.3d 1315 (10th Cir. 2005); *Hitzke v. Easterday*, 701 N.W.2d 652 (Wis. Ct. App. 2005); *Champine v. Milwaukee County*, 2005 WI App. 75 (Wis. Ct. App. 2005); *Dunn v. Milwaukee County*, 2005 WI App. 27 (Wis. Ct. App. 2005); *Scott v. Savers Property Cas. Ins. Co*., 2003 WI 60 (Wis. 2003); *D'Jock v. Strunk*, 02-C-381-C (W.D. Wis. Jun. 13, 2003); *Hellenbrand v. Goodman*, 667 N.W.2d 377 (Wis. Ct. App. 2003); *Teff v. Unity Health Plans Insurance*, 2003 WI App. 115 (Wis. Ct. App. 2003); *In re Harnischfeger Industries, Inc.* 294 B.R. 47 (Bankr. D. Del. 2003); *Chrysler Corporation v. Chaplake Holdings*, 822 A.2d 1024 (Del. 2003); *Bicknese v. Sutula*, 2003 WI 31 (Wis. 2003); *Baures v. North Shore F.D,* 2003 WI App. 103 (Wis. Ct. App. 2003*); In re Cikanek*, 664 N.W.2d 126 (Wis. Ct. App. 2003); *Beaver v. Mueller*, 662 N.W.2d 678 (Wis. Ct. App. 2003); *Scott v. Savers Property,* Cas. Ins. Co. 650 N.W.2d 559 (Wis. Ct. App. 2002); *Otto v. Milwaukee Cty*, 647 N.W.2d 467 (Wis. Ct. App. 2002); *Lake Michigan Contractors v. the Manitowoc Co.*, No. 1:00-CV-787 (W.D. Mich. May 21, 2002); *Beer Capitol Distrib. v. Guinness Bass Import,* 290 F.3d 877 (7th Cir. 2002); *Murray v. City, Milwaukee*, 252 Wis. 2d 613 (Wis. Ct. App. 2002); *Murray v. City, Milwaukee*, 252 Wis. 2d 613 (Wis. Ct. App. 2002); Olson v. Synergistic Tech. Bus. Sys, 628 N.W.2d 142 (Minn. 2001); *American Shizuki v. Intl. Business Machines*, 251 F.3d 1206 (8th Cir. 2001); Ege International v. Case Corporation, No. 98 C 3099 (N.D. Ill. May 3, 2001); *Mackenzie v. Miller Brewing Company*, 241 Wis. 2d 700 (Wis. 2001); *Baldwin v. Aurora Health Care*, No. 00-1006 (Wis. Ct. App. Feb. 28, 2001); *Seater Const. Co. v. Rawson Plumbing*, 239 Wis. 2d 152 (Wis. Ct. App. 2000); *North Amer. Mechan. v. Diocese, Madison*, No. 98-3251 (Wis. Ct. App. July 22, 1999); Lesky v. County Of La Crosse, No. 98-1978 (Wis. Ct. App. Dec. 17, 1998); *Cosgrove v. Bartolotta*, 150 F.3d 729 (7th Cir. 1998); *Bundy v. U. of Wisconsin-Eau Claire*, No. 97-2735 (Wis. Ct. App. May 27, 1998); *Bundy v. U. of Wisconsin-Eau Claire*, No. 97-2735 (Wis. Ct. App. May 27, 1998); *Pop's Cones, Inc. v. Resorts International Hotel, Inc.,* 307 N.J. Super. 461 (App. Div. 1998); *Radtke v. East Mequon Bus. Park Ltd.,* No. 96-0469 (Wis. Ct. App. Feb. 5, 1997); *Romberger v. VFW Post 1881*, 918 P.2d 993 (Wyo. 1996); In re Briese, 196 B.R. 440 (Bankr. W.D. Wis. 1996); *Neiss v. Ehlers*, 135 Or. App. 218 (Or. Ct. App. 1995); *Cyberchron Corp. v. Calldata Systems Development*, 47 F.3d 39 (2d Cir. 1995); *Ruud v. Great Plains Supply, Inc*., 526 N.W.2d 369 (Minn. 1995); *Owasso Dev. Co. v. Assoc. Wholesale Grocers*, 873 P.2d 212 (Kan. Ct. App. 1994); *Davis v. University of Montevallo*, 638 So. 2d 754 (Ala. 1994); *Wausau Medical Center v. Asplund*, 182 Wis. 2d 274 (Wis. Ct. App. 1994); *Milwaukee Auction Galleries Ltd. v. Chalk*, 13 F.3d 1107 (7th Cir. 1994); *Ruzicka v. Conde Nast Publications, Inc.,* 999 F.2d 1319 (8th Cir. 1993); *Davis v. Davis*, 855 P.2d 342 (Wyo. 1993); *State Bank of Standish v. Curry*, 442 Mich. 76 (Mich. 1993); *Simos v. Embassy Suites, Inc.,* 983 F.2d 1404 (7th Cir. 1993); *Ziolkowski v. Caterpillar, Inc*., 800 F. Supp. 767 (E.D. Wis. 1992); *Whorley v. First Westside*

	Bank, 240 Neb. 975 (Neb. 1992); *Cohen v. Cowles Media Co*, 479 N.W.2d 387 (Minn. 1992); *Inter-Mountain Threading v. Baker Hughes*, 812 P.2d 555 (Wyo. 1991); *Dallum v. Farmers Union Cent. Exchange*, 462 N.W.2d 608 (Minn. Ct. App. 1991); *Gonzalez v. Teskey*, 160 Wis. 2d 1 (Wis. Ct. App. 1990); *Whirpool Corp. v. U.M.C.O. Intern*., 748 F. Supp. 1557 (S.D. Fla. 1990); *In re Dakota Country Store Foods, Inc*., 107 B.R. 977 (Bankr. D.S.D. 1989); *U.S. Oil v. Midwest Auto Care Services*, 150 Wis. 2d 80 (Wis. Ct. App. 1989); *Schade v. Diethrich*, 158 Ariz. 1 (Ariz. 1988); *Dairyland Financial Corp. v. Federal Intermediate Credit Bank*, 852 F.2d 242 (7th Cir. 1988); *D & S Coal Co. v. USX Corp.*, 678 F. Supp. 1318 (E.D. Tenn. 1988); *Farm Crop Energy v. Old National Bank*, 109 Wn. 2d 923 (Wash. 1988); *Pappas Industrial Parks, Inc. v. Psarros*, 24 Mass. App. Ct. 596 (Mass. App. Ct. 1987); *Durkee v. Goodyear Tire Rubber Co.,* 676 F. Supp. 189 (W.D. Wis. 1987); *Skycom Corp. v. Telstar Corp*., 813 F.2d 810 (7th Cir. 1987); *Ahne v. Allis-Chalmers Corp*., 640 F. Supp. 912 (E.D. Wis. 1986); *Lohse v. Atlantic Richfield Co.,* 389 N.W.2d 352 (N.D. 1986); *Schaller v. Marine Nat. Bank*, 131 Wis. 2d 389 (Wis. Ct. App. 1986); *Lee v. Paragon Group Contractors*, 78 N.C. App. 334 (N.C. Ct. App. 1985); *Greenstein v. Flatley*, 19 Mass. App. Ct. 351 (Mass. App. Ct. 1985); *Alaska Bussell Elec. v. Vern Hickel Const*, 688 P.2d 576 (Alaska 1984); *Werner v. Xerox Corp*., 732 F.2d 580 (7th Cir. 1984); *Kinn v. Coast Catamaran Corp*., 582 F. Supp. 682 (E.D. Wis. 1984); *Bolden v. Gen. Acc., Fire Life Assur*, 119 Ill. App. 3d 263 (Ill. App. Ct. 1983); *Kiely v. St. Germain*, 670 P.2d 764 (Colo. 1983); *Gerson Elec. Con. Co. v. Honeywell, Inc*., 117 Ill. App. 3d 309 (Ill. App. Ct. 1983); *McDabco, Inc. v. Chet Adams Co.*, 548 F. Supp. 456 (D.S.C. 1982); *Vigoda v. Denver Urban Renewal Authority*, 646 P.2d 900 (Colo. 1982); *Cooke v. Blood Systems, Inc.,* 320 N.W.2d 124 (N.D. 1982); *Landess v. Borden, Inc*., 667 F.2d 628 (7th Cir. 1981); *Voyager Village Prop. Owners Ass'n v. Johnson*, 97 Wis. 2d 747 (Wis. Ct. App. 1980); *Wojciechowski v. Amoco Oil Company,* 483 F. Supp. 109 (E.D. Wis. 1980*); Gruen Industries, Inc. v. Biller*, 608 F.2d 274 (7th Cir. 1979); *R. S. Bennett & Co. v. Economy Mechanical Industries, Inc*., 606 F.2d 182 (7th Cir. 1979); *Bender v. Design Store Corp.*, 404 A.2d 194 (D.C. 1979); *Stack Const. Co. v. Continental Const. Corp*., 88 Wis. 2d 637 (Wis. 1979); *Loranger Construction Corp v. E.F. Hauserman Co.*, 6 Mass. App. Ct. 152 (Mass. App. Ct. 1978); *Coley v. Lang*, 339 So. 2d 70 (Ala. Civ. App. 1976); *Rossow Oil Co. v. Heiman*, 72 Wis. 2d 696 (Wis. 1976); *Clark Oil Refining Corp. v. Leistikow,* 69 Wis. 2d 226 (Wis. 1975); *Mooney v. Craddock*, 35 Colo. App. 20 (Colo. App. 1974); *Silberman v. Roethe*, 64 Wis. 2d 131 (Wis. 1974*); Tiffany Incorporated v. W.M.K. Transit Mix, Inc.,* 16 Ariz. App. 415 (Ariz. Ct. App. 1972); *Mortgage Associates v. Monona Shores*, 47 Wis. 2d 171 (Wis. 1970); *Goff v. Massachusetts Protective Ass'n*, 46 Wis. 2d 712 (Wis. 1970); *Hellbaum v. Burwell Morford*, 1 Wn. App. 694 (Wash. Ct. App. 1969*); McConnell v. L. C. L. Transit Co.,* 42 Wis. 2d 429 (Wis. 1969); *Smith v. Beloit Corp.,* 40 Wis. 2d 550 (Wis. 1968); *Babler v. Roelli,* 39 Wis. 2d 566 (Wis. 1968); *Ea. Providence Credit Union v. Geremia*, 103 R.I. 597 (R.I. 1968); *Dovenmuehle, Inc. v. K-Way Associates*, 388 F.2d 940 (7th Cir. 1968); *Forrer v. Sears, Roebuck Co.,* 36 Wis. 2d 388 (Wis. 1967); *Ahnapee W. R. Co. v.*

	Challoner, 34 Wis. 2d 134 (Wis. 1967); *Winnebago Homes, Inc. v. Sheldon*, 29 Wis. 2d 692 (Wis. 1966).
Jamestown Terminal Elevator, Inc. V Archie Hieb, 246 N.W. 2d. 736 (N.D. 1976)	Citado por muchas cortes en casos como: *Texaco, Inc. v. Mercury Exploration Co.,* 994 F.2d 463 (8th Cir. 1993); *Allen M. Campbell Co. v. Virginia Metal Industries, Inc*., 708 F.2d 930 (4th Cir. 1983); *Minnesota Farm Bur. v. N. D. Agr. Marketing*, 563 F.2d 906 (8th Cir. 1977); *Columbus Trade Exchange, Inc. v. AMCA International Corp*., 763 F. Supp. 946 (S.D. Ohio 1991); *Constellation Development, LLC v. Western Trust Co*., 882 N.W.2d 238 (N.D. 2016); *Miller v. Walsh Cnty. Water Res. Dist*., 819 N.W.2d 526 (N.D. 2012); *Grzadzielewski v. Walsh County Mut. Ins. Co*., 297 N.W.2d 780 (N.D. 1980); *South v. National R. R. Passenger Corp.,* 290 N.W.2d 819 (N.D. 1980); *Anderson Nafziger v. G.T. Newcomb, Inc.*, 100 Idaho 175 (Idaho 1979); *Dangerfield v. Markel*, 278 N.W.2d 364 (N.D. 1979); *Loch Hill Construction Co. v. Fricke*, 284 Md. 708 (Md. 1979); *Falkenstein v. City of Bismarck*, 268 N.W.2d 787 (N.D. 1978); *Everson v. Partners Life Ins. Co*., 268 N.W.2d 794 (N.D. 1978); *Riebe v. Riebe*, 252 N.W.2d 175 (N.D. 1977); *Power Sys. Controls v. Keith's Elec*, 765 P.2d 5 (Utah Ct. App. 1988); *Pooter v. Hatter Farms*, 56 Or. App. 254 (Or. Ct. App. 1982).
Janke Construction Co., Inc. V. Vulcan Materials, Co., 386 F. Supp. 687 (W.D. Wis. 1974)	Este caso ha sido citado por multiples Cortes en casos como: *Janke Construction Co., Inc. v. Vulcan Materials Co*., 386 F. Supp. 687 (W.D. Wis. 1974); *North American Van Lines, Inc. v. I.C.C.,* (N.D.Ind. 1974); 386 F. Supp. 665 (N.D. Ind. 1974); *Brown v. Farview State Hospital,* 386 F. Supp. 607 (E.D. Pa. 1974); *Kiely v. St. Germain*, 670 P.2d 764 (Colo. 1983); *Klinke v. Famous Fried Chicken*, 94 Wn. 2d 255 (Wash. 1980); *Lohse v. Atlantic Richfield Co*., 389 N.W.2d 352 (N.D. 1986); *Maurice Elec. Supply v. Anderson Safeway*, 632 F. Supp. 1082 (D.D.C. 1986); *Gerson Elec. Con. Co. v. Honeywell, Inc*., 117 Ill. App. 3d 309 (Ill. App. Ct. 1983); *Ivey's Plumbing Elec. v. Petrochem Maintenance*, 463 F. Supp. 543 (N.D. Miss. 1978); *Hitzke v. Easterday*, 701 N.W.2d 652 (Wis. Ct. App. 2005); *Neiss v. Ehlers*, 135 Or. App. 218 (Or. Ct. App. 1995); *Klinke v. Famous Fried Chicken*, 24 Wn. App. 202 (Wash. Ct. App. 1979).
Martin v. Meles, 179 Mass. 114 (Mass. 1901)	Citado por *Allegheny Col. v. Nat. Chautauqua Co. Bank*, 246 N.Y. 369 (N.Y. 1927); *Wisconsin Michigan Ry. Co. v. Powers*, 191 U.S. 379 (1903); *Stevens v. G.L. Rugo Sons*, 209 F.2d 135 (1st Cir. 1953); *J.K. Welding Co. v. W.J. Halloran Steel Erection Co*., 178 F. Supp. 584 (D.R.I. 1959); *Trimount Bituminous Prods. Co. v. Chittenden Trust,* 117 N.H. 946 (N.H. 1977); *H. P. Hood & Sons v. Heins*, 124 Vt. 331 (Vt. 1964); *Friedman v. Tappan Development Corp*., 22 N.J. 523 (N.J. 1956); *Harrington v. Donlin,* 312 Mass. 577 (Mass. 1942); *Liberty Trust Co. v. Price*, 259 Mass. 596 (Mass. 1927); *Hospital v. Carter*, 125 Me. 191 (Me. 1926); *Singer Constr. Co. v. Goldsborough*, 147 Md. 628 (Md. 1925); *Jamestown Portland Cement Corp. v. Bowles*, 228 Mass. 176 (Mass. 1917); *Barrie v. Quinby*, 206 Mass. 259 (Mass. 1910); *Robinson v. Nutt,* 185 Mass. 345 (Mass. 1904); *Porter v. American Legion of Honor*, 183 Mass. 326 (Mass. 1903); *Loranger Construction Corp v. E.F. Hauserman Co.*, 6 Mass. App. Ct. 152 (Mass. App. Ct. 1978); *I I Holding Corporation v. Gainsburg*, 251 App. Div.

	550 (N.Y. App. Div. 1937); E.A. *Coronis Assocs. v. M. Gordon Constr*. Co., 90 N.J. Super. 69 (App. Div. 1966).
Oates v. Teamsters Affiliates Pension, 482 F. Supp. 481 (D.D.C. 1979)	Citado en otros casos como: *Donovan v. United States Postal Service*, 530 F. Supp. 872 (D.D.C. 1981); *Vila v. Inter-American Investment Corp*., 570 F.3d 274 (D.C. Cir. 2009); *Hodgins v. Central States Southeast & Southwest Areas Pension Fund*, 624 F.2d 760 (6th Cir. 1980); *Robinson v. Detroit News, Inc*., 211 F. Supp. 2d 101 (D.D.C. 2002); *Abb Daimler-Benz Transp. v. National R.R. Passenger*, 14 F. Supp. 2d 75 (D.D.C. 1998); *Schoen v. Consumers United Group, Inc.,* 670 F. Supp. 367 (D.D.C. 1986); *Hoffa v. Fitzsimmons*, 499 F. Supp. 357 (D.D.C. 1980).
Prudential Insurance Co. Of America v. Clark, 456 F.2d 932 (1972)	Citado por: *Allen v. A. G. Edwards Sons, Inc*., 606 F.2d 84 (5th Cir. 1979); *All-Tech Telecom, Inc. v. Amway Corporation*, 174 F.3d 862 (7th Cir. 1999); *St. Paul Fire & Marine Insurance v. Mayor's Jewelers of Fort Lauderdale, Inc*., 465 F.2d 317 (5th Cir. 1972); *Am. Nat'l Prop. & Cas. Co. v. Estate of Farese,* 530 F. Supp. 3d 655 (S.D. Miss. 2021*); Okun v. Provident Life Accident Insurance Company,* 8:11-cv-1162-T-23EAJ (M.D. Fla. Aug. 26, 2011); *Tardif v. People for Ethical Treatment of Animals*, 2:09-cv-537-FtM-29SPC (M.D. Fla. Sep. 29, 2010); *Scheck v. Burger King Corp.,* 756 F. Supp. 543 (S.D. Fla. 1991); *Intern. Bus. Mach. v. Medlantic Healthcare*, 708 F. Supp. 417 (D.D.C. 1989); *Kennedy v. William R. Hudon, Inc*., 659 F. Supp. 900 (D. Colo. 1987); *Amacher v. Brown-Forman Corp.,* 826 S.W.2d 480 (Tenn. Ct. App. 1992); *Egnatz v. Medical Protective Co*., 581 N.E.2d 438 (Ind. Ct. App. 1991).
Salsbury v. Northwestern Bell Telephone Company, 221 N.W.2d 609 (Iowa 1974)	Este caso ha sido citado por otras cortes: *Schmidt v. Mueller*, 723 N.W.2d 454 (Iowa Ct. App. 2006); *In re Bayonne Medical Center,* Case No.: 07-15195 (MS); Adv. Pro. No.: 09-1689 (MS) (Bankr. D.N.J. Nov. 1, 2011); *Gibbons v. Graves Const. Co., Inc.,* 727 F.2d 753 (8th Cir. 1984); *In re Edmonds, Bankruptcy* No. 09-01328 (Bankr. N.D. Iowa Nov. 10, 2009); *In re Coe Coll. for Interpretation of Purported Gift Restriction*, 935 N.W.2d 581 (Iowa 2019); *King v. Trustees of Boston University*, 420 Mass. 52 (Mass. 1995); *Arrowsmith v. Mercantile-Safe Deposit*, 313 Md. 334 (Md. 1988); *P.H.C.C.C., Inc. v. Johnston,* 340 N.W.2d 774 (Iowa 1983); *I.G.L. Racquet Club v. Midstates Builders*, 323 N.W.2d 214 (Iowa 1982); *Maryland National Bank v. United Jewish Appeal Federation of Greater Washington, Inc*., 286 Md. 274 (Md. 1979); *Myers v. Myers*, 955 N.W.2d 223 (Iowa Ct. App. 2020); *Slashfrog, LLC v. Quick*, No. 19-0031 (Iowa Ct. App. Nov. 27, 2019).
Signal Hill Aviation Co. v. Stroppe, 96 Cal.App.3d 627 (Cal. Ct. App. 1979)	Citado en: *Toscano v. Greene Music*, 124 Cal.App.4th 685 (Cal. Ct. App. 2004); *Walker v. KFC Corp.,* 728 F.2d 1215 (9th Cir. 1984); *Leek v. Cooper*, 194 Cal.App.4th 399 (Cal. Ct. App. 2011); K*ajima/Ray Wilson v. Los Angeles County Metropolitan Transportation Authority*, 82 Cal. Rptr. 2d 348 (Cal. Ct. App. 1999); *Foster Poultry Farms v. Alkar-Rapidpak-MP Equip., Inc.,* No. 1:11-cv-00030-AWI-SMS (E.D. Cal. Dec. 7, 2012); *US Ecology, Inc. v. State,* 129 Cal.App.4th 887 (Cal. Ct. App. 2005); *Smith v. City and County of San*

	Francisco, 225 Cal.App.3d 38 (Cal. Ct. App. 1990); *Peters v. Superior Court*, 212 Cal.App.3d 218 (Cal. Ct. App. 1989); *John F. Matull Associates, Inc. v. Cloutier*, 194 Cal.App.3d 1049 (Cal. Ct. App. 1987); *Wright v. Goleta Water Dist.,* 174 Cal.App.3d 74 (Cal. Ct. App. 1985); *Harris v. City of Compton*, 172 Cal.App.3d 1 (Cal. Ct. App. 1985); *Ward v. Levin,* 161 Cal.App.3d 1026 (Cal. Ct. App. 1984); *Comora v. Comprehensive Care Corp*., 140 Cal.App.3d 369 (Cal. Ct. App. 1983); *In re Marriage of Behrens*, 137 Cal.App.3d 562 (Cal. Ct. App. 1982); *Hughes v. Portsmouth Square, Inc.,* 135 Cal.App.3d 170 (Cal. Ct. App. 1982); *Coldwell Banker Co. v. Department of Insurance*, 102 Cal.App.3d 381 (Cal. Ct. App. 1980); *Malcmacher v. Jesse*, No. 18-3698 (6th Cir. Sep. 12, 2019); *Consortium Information Services, Inc. v. Credit Data Services, Inc.,* 149 F. App'x 575 (9th Cir. 2005); *Walser v. Toyota Motor Sales, U.S.A., Inc*., 43 F.3d 396 (8th Cir. 1994); *Shorter v. Peaches Unifs., Inc*., No. 2:10-cv-02232-MCE-GGH (E.D. Cal. Jan. 22, 2013); *Boon Rawd Trading Intern. Co., Ltd. v. Paleewong Trading Co., Inc*., 688 F. Supp. 2d 940 (N.D. Cal. 2010); *Boon Rawd Trading Intern. Co., Ltd. v. Paleewong Trading Co., Inc*., 688 F. Supp. 2d 940 (N.D. Cal. 2010); *Dyna. Co. v. Clark Sull*., 127 Nev. Adv. Op. No. 41, 51758 (2011); 255 P.3d 286 (Nev. 2011); *Farm Crop Energy v. Old National Bank*, 109 Wn. 2d 923 (Wash. 1988); *Atiz Innovation Co. v. Warnock*, No. B314203 (Cal. Ct. App. Nov. 3, 2022); *Roesler v. Nella Terra Cellars, Inc*., No. A160574 (Cal. Ct. App. Mar. 11, 2022); *O'Ferral v. SRP 2012-4, LLC*, No. E071762 (Cal. Ct. App. Sep. 4, 2020); *Nelson v. Bjorklund,* 2d Civil No. B266500 (Cal. Ct. App. Aug. 30, 2017); *Douglas E. Barnhart, Inc. v. CMC Fabricators, Inc*., 211 Cal.App.4th 230 (Cal. Ct. App. 2012); *Hamad v. Zhili,* No. B218234 (Cal. Ct. App. June 14, 2010); *Jamison v. Roth*, No. B206927 (Cal. Ct. App. Apr. 20, 2009); *Encarnacion v. 20th Cent. Ins. Co.,* No. B179825 (Cal. Ct. App. Sep. 27, 2007).
Vastoler v. American Can Co., 700 F. 2d 916 (3d. Cir. 1983)	Citado por *Pane v. RCA Corp*., 868 F.2d 631 (3d Cir. 1989); *Hornady Mfg. Co. v. DoubleTap Ammunition, Inc.,* No. 2:11-CV-18 TS (D. Utah Dec. 5, 2012); *Good v. Linvatec Corporation,* Civ. No. 05-1930 (WHW) (D.N.J. Dec. 18, 2006).
Wheeler v. White, 398 S.W.2d 93 (Tex. 1966)	Citado en *Cherokee Communications v. Skinnys*, 893 S.W.2d 313 (Tex. App. 1995); Bechtel Corp. v. Citgo Prod, 271 S.W.3d 898 (Tex. App. 2008); *Bechtel v. Citgo Prod*., No. 03-05-00430-CV (Tex. App. Oct. 3, 2008); *Bruce Foods Corp. v. Tex. Gas Serv*., No. EP-13-CV-231-KC (W.D. Tex. Feb. 19, 2014); *In re Acm-Texas, Inc*., 430 B.R. 371 (Bankr. W.D. Tex. 2010); *Mann v. Robles*, No. 13-14-00190-CV (Tex. App. Mar. 31, 2016); *Heritage Constructors, Inc. v. Chrietzberg Elec., Inc*., No. 06-14-00048-CV (Tex. App. Mar. 4, 2015); *MetroplexCore, L.L.C. v. Parsons Transp., Inc*., 743 F.3d 964 (5th Cir. 2014*); Sullivan v. Leor Energy*, LLC, 600 F.3d 542 (5th Cir. 2010); Oliver Resources PLC v. International Finance Corp., 62 F.3d 128 (5th Cir. 1995); Nimrod Marketing, 769 F.2d 1076 (5th Cir. 1985); *Matter of Texas Mortg. Services Corp*., 761 F.2d 1068 (5th Cir. 1985); 21 Turtle Creek Sq., v. N.Y. St. Retire.

	Sys, 432 F.2d 64 (5th Cir. 1970); *Oliver St. Dermatology, LLC v. Creger*, CAUSE No. 1:17-CV-528-LY (W.D. Tex. May 30, 2018); *Grand Parkway Surgery Ctr., LLC v. Health Care Serv. Corp*., CIVIL ACTION No. H-16-549 (S.D. Tex. Apr. 4, 2017); *Hous. Metro & Spine Surgery Ctr., LLC v. Health Care Serv. Corp*., CIVIL ACTION No. H-16-1402 (S.D. Tex. Apr. 4, 2017); *Elite Ctr. for Minimally Invasive Surgery LLC v. Health Care Serv. Corp*., CIVIL ACTION No. 4:15-CV-00954 (S.D. Tex. Oct. 4, 2016); *Button v. Chubb Lloyds Ins. Co. of Tex*., No. 4:11CV536 (E.D. Tex. Dec. 19, 2012); Ezennia v. Wells Fargo Bank, N.A., CIVIL ACTION No. H-10-5004 (S.D. Tex. Nov. 13, 2012); *Cade v. BAC Home Loans Servicing, LP*, CIVIL ACTION H-10-4224 (S.D. Tex. June 20, 2011); *Deuley v. Chase Home Finance*, Civil Action No. H-05-04253 (S.D. Tex. Apr. 26, 2006); *Pearl Res. LLC v. Allied OFS LLC* (*In re Pearl Res. LLC*); 645 B.R. 530 (Bankr. S.D. Tex. 2022); *Pearl Res. v. Allied OFS LLC* (*In re Pearl Res*.); No. 20-31585 (Bankr. S.D. Tex. Sep. 26, 2022); *Ogle v. Comcast Corp*. (*In re Hous. Reg'l Sports Network, L.P*.); 547 B.R. 717 (Bankr. S.D. Tex. 2016); *In re GHR Energy Corp*., 62 B.R. 226 (Bankr. S.D. Tex. 1986); *Newton Tractor Sales v. Kubota Tractor*, 233 Ill. 2d 46 (Ill. 2009); *Pabla v. Myers*, No. 13-20-00292-CV (Tex. App. July 29, 2021); *1 Lincoln Fin. Co. v. Am. Family Life Assurance Co. of Columbus*, No. 02-12-00516-CV (Tex. App. Oct. 2, 2014); *Prestige Ford Garland Ltd. Partnership v. Morales*, 336 S.W.3d 833 (Tex. App. 2011); *Ellen v. F. H. Partners*, No. 03-09-00310-CV (Tex. App. Dec. 1, 2010); *Rice v. Metropolitan Life Ins. Co.,* 324 S.W.3d 660 (Tex. App. 2010*); Landmark v. Tremco Incorp*, No. 03-07-00673-CV (Tex. App. June 30, 2010); *Transcontinental v. Lupton*, 286 S.W.3d 635 (Tex. App. 2009); *Frost Crushed St. v. Odell Geer*, 110 S.W.3d 41 (Tex. App. 2002); *Botello v. Misener-Collins*, 462 S.W.2d 100 (Tex. Civ. App. 1970); *Universal Truckload, Inc. v. Dalton Logistics, Inc*., 946 F.3d 689 (5th Cir. 2020); *Owens v. Specialized Loan Servicing, L.L.C*., No. 16-20557 (5th Cir. June 5, 2017); *Martin-Janson v. JP Morgan Chase Bank, N.*A., 536 F. App'x 394 (5th Cir. 2013); *Hartford Fire Ins. Co. v. City*, 611 F.3d 289 (5th Cir. 2010); *Addicks Services v. GGP-Bridgeland,* No. 09-20155 (5th Cir. Mar. 8, 2010); *Addicks Services, Inc. v. GGP-Bridgeland, LP*, 596 F.3d 286 (5th Cir. 2010); *ARA Automotive Group v. Central Garage, Inc.,* 124 F.3d 720 (5th Cir. 1997); *Matter of Bobby Boggs, Inc*., 819 F.2d 574 (5th Cir. 1987); *Mesa Petroleum Co. v. Coniglio*, 629 F.2d 1022 (5th Cir. 1980); *Dickinson v. Auto Ctr. Mfg. Co*., 594 F.2d 523 (5th Cir. 1979); Stanley Educ. Methods v. Becker C.P.A. Review, 539 F.2d 393 (5th Cir. 1976); *Associated Tabulating Service v. Olympic Life,* 414 F.2d 1306 (5th Cir. 1969); *Alvarado v. PNC Bank,* Civil Action 7:23-cv-00010 (S.D. Tex. Mar. 7, 2023); *Monsalve v. CMG* Fin., No. EP-21-CV-00058-FM (W.D. Tex. June 15, 2021); *Jack in Box Inc. v. San-Tex Rests., Inc.,* No. SA-20-CV-00328-XR (W.D. Tex. Jan. 14, 2021); *Corval Constructors, Inc. v. Tesoro Ref. & Mktg. Co.,* File No. 19-cv-01277 (ECT/BRT) (D. Minn. Oct. 17, 2019); *Magna Equities II, LLC v. Heartland Bank*, CIVIL ACTION No. H-17-1479 (S.D. Tex. Aug. 27, 2018); *Estate of Rashti v. Bank of Am.,* Civil Action H-18-1101 (S.D. Tex. Aug. 24, 2018); *Univ. Baptist Church Fort Worth v. Lexington Ins. Co*., No. 4:17-CV-962-A (N.D. Tex. May 23, 2018); *Univ. Baptist Church Fort Worth v. Lexington Ins. Co*., No. 4:17-

	CV-962-A (N.D. Tex. May 16, 2018); *Stanissis v. DynCorp Int'l LLC*, Civil Action No. 3:14-CV-2736-D (N.D. Tex. Aug. 2, 2017); *Zahiruddin v. Select Portfolio Servicing, Inc.*, CIVIL ACTION H-16-1021 (S.D. Tex. June 14, 2017); *Elite Ctr. for Minimally Invasive Surgery, LLC v. Health Care Serv. Corp*., 221 F. Supp. 3d 853 (S.D. Tex. 2016); *Johnson v. United Airlines, Inc*., CIVIL ACTION No. 4:14-cv-00646 (S.D. Tex. Apr. 20, 2016); *Stanissis v. DynCorp Int'l LLC*, Civil Action No. 3:14-CV-2736-D (N.D. Tex. Dec. 29, 2015); *Perales v. Wells Fargo Bank, N.A.,* No. SA-12-CV-00515-DAE (W.D. Tex. July 9, 2013); *Steidl v. BSI Fin. Servs. ex rel. Newberry Place Reo, III, LLC*, CIVIL ACTION No. H-12-3324 (S.D. Tex. Mar. 26, 2013); *Montalvo v. Bank of Am. Corp.,* Civil Action No. SA-10-CV-360-XR (W.D. Tex. Mar. 7, 2013); *Brush v. Wells Fargo Bank, N.A.,* 911 F. Supp. 2d 445 (S.D. Tex. 2013); *Brush v. Wells Fargo Bank, N.A*., CIVIL ACTION No. H-10-5016 (S.D. Tex. Nov. 29, 2012); *Axis Surplus Ins. Co. v. Mitsubishi Caterpillar Forklift America Inc.*, CIVIL ACTION No. H-11-3745 (S.D. Tex. May 16, 2012); *Burr v. JPMorgan Chase Bank, N.A.,* CIVIL ACTION No. 4:11-CV-03519 (S.D. Tex. Mar. 28, 2012); *Hern Family Ltd. P'ship v. Compass Bank*, 863 F. Supp. 2d 613 (S.D. Tex. 2012); *Drake v. Wells Fargo Bank, N.A*., CIVIL ACTION No. H-11-1989 (S.D. Tex. Feb. 8, 2012); *Pennington v. HSBC Bank USA, NA*, A-10-CA-785 LY (W.D. Tex. Dec. 22, 2011); *Powell v. Bac Home Loans Servicing, LP*, No. 4:11-CV-80 *Judge Mazzant* (E.D. Tex. Nov. 21, 2011); *Dixon v. Wells Fargo Bank, N.A*., 798 F. Supp. 2d 336 (D. Mass. 2011); *ERDMAN COMPANY v. USMD OF ARLINGTON GP, LLC*, Civil Action No. 3:09-CV-1081-D (N.D. Tex. Apr. 11, 2011); *J.D. Fields Company, Inc. v. U.S. Steel Intl.,* 690 F. Supp. 2d 487 (S.D. Tex. 2009); *Archer Motor Sales Corporation v. Mazda Motor of Amer*, CIVIL ACTION No. H-08-3587 (S.D. Tex. Sep. 17, 2009); *Key v. Robertson*, 626 F. Supp. 2d 566 (E.D. Va. 2009); *Nature Coast Coll. v. Consortium Serv. Mgmt. GR,* No. 06 C 7195 (N.D. Ill. Feb. 23, 2009); *Strango v. Hammond*, CIVIL ACTION No. H-07-2902 (S.D. Tex. Feb. 21, 2008); *McNamara v. Encana Energy Services, Inc*., Civil Action H-03-226 (S.D. Tex. Aug. 30, 2005); *Moody National Bank of Galveston v. Ge Life & Annuity Assurance Co*., 270 F. Supp. 2d 875 (S.D. Tex. 2003); *Pair-A-Dice Acquis. Partners v. Bd. of Trustees*, 185 F. Supp. 2d 703 (S.D. Tex. 2002); *Pair-A-Dice Acquis. Partners v. Bd. of Trustee*s, 185 F. Supp. 2d 703 (S.D. Tex. 2002); *Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King*, 680 F. Supp. 753 (D.S.C. 1988); *Hunt v. Bankers Trust Co.,* 689 F. Supp. 666 (N.D. Tex. 1987); *Readmond v. Matsushita Electric Corp. of America*, 355 F. Supp. 1073 (E.D. Pa. 1973); *Taylor v. Allen* (*In re Theag N. Arlington LLC*); No. 19-41108-ELM (Bankr. N.D. Tex. Dec. 11, 2020); *Wilson v. Arbors of Cent. Park ICG, LLC (In re Wilson*); 610 B.R. 255 (Bankr. N.D. Tex. 2019); *Wilson v. Arbors of Cent. Park ICG, LLC (In re Wilson*); No. 18-40107-ELM-13 (Bankr. N.D. Tex. Nov. 29, 2019); *In re Decker Oaks Development II, Ltd*., No. 07-35557, Adversary No. 07-03421 (Bankr. S.D. Tex. June 5, 2008); *In Re Magna Cum Latte, INC*., CASE NO: 07-03304, ADVERSARY No. 07-03304 (Bankr. S.D. Tex. Oct. *10, 2007); In re Denton County Electric Cooperative, Inc.,* No. 02-40665-DML-11, (JOINTLY ADMINISTERED); ADVERSARY NO. 02-4135 (Bankr. N.D. Tex. Feb. 13, 2003); *In re Medical Select*

	Management, No. 401-45298-BJH-11, ADV. PRO. 401-4100-BJH (Bankr. N.D. Tex. Feb. 11, 2003); *Pearson Bros. Co., Inc. v. Pearson*, 113 B.R. 469 (Bankr. C.D. Ill. 1990); *In re Terrace Gardens Park Partnership*, 96 B.R. 707 (Bankr. W.D. Tex. 1989); *Rachal v. Reitz,* 403 S.W.3d 840 (Tex. 2013); *In re Weekley Homes, L.P*., 180 S.W.3d 127 (Tex. 2005); *T.O. Stanley Boot Co. v. Bank of El Paso*, 847 S.W.2d 218 (Tex. 1993); *Nichols v. Smith*, 507 S.W.2d 518 (Tex. 1974); *Cooper Petroleum Co. v. Lagloria Oil Gas Co*., 436 S.W.2d 889 (Tex. 1969); *Raym v. Tupelo Mgmt*., No. 02-21-00071-CV (Tex. App. Jan. 6, 2022); *Scott v. Project Rose MSO, LLC*, 633 S.W.3d 263 (Tex. App. 2021); *KC Pharmacy, LLC v. JPMorgan Chase Bank,* No. 01-20-00409-CV (Tex. App. Mar. 23, 2021); *Gensetix, Inc. v. Baylor Coll. of Med*., 616 S.W.3d 630 (Tex. App. 2020); *Thomas Oilfield Servs., LLC v. Clark,* No. 12-18-00344-CV (Tex. App. July 10, 2019); *J. Curt Lucas & Invenias Partners LLC v. Ryan*, No. 02-18-00053-CV (Tex. App. June 27, 2019); *Barton Food Mart, Inc. v. Botrie*, No. 03-17-00292-CV (Tex. App. Oct. 25, 2018); *Range v. Calvary Christian Fellowship*, 530 S.W.3d 818 (Tex. App. 2017); *Walker v. Walker*, No. 14-16-00357-CV (Tex. App. Mar. 30, 2017); *D&R Constructors, Inc. v. Tex. Gulf Energy, Inc.*, No. 01-15-00604-CV (Tex. App. Aug. 30, 2016); *Lake v. George F. Cravens, M.D*., No. 02-11-00464-CV (Tex. App. Oct. 29, 2015); *TCI Luna Ventures, LLC v. Branch Banking & Trust Co*., No. 05-13-01221-CV (Tex. App. Aug. 27, 2015); *Galvez v. Tornado Bus* Co., No. 05-13-00993-CV (Tex. App. Apr. 15, 2015); *Chambers v. Allstate Ins. Co*., No. 05-14-00065-CV (Tex. App. Feb. 5, 2015); *Simulis, L.L.C. v. Gen. Elec. Capital Corp*., 439 S.W.3d 571 (Tex. App. 2014); *Burkett v. Lake Country Prop. Owners Ass'n, Inc*., No. 02-13-00090-CV (Tex. App. Apr. 17, 2014); *G.D. Holdings, Inc. v. H.D.H. Land & Timber, L.P*., 407 S.W.3d 856 (Tex. App. 2013); *Westergren v. Nat'l Prop. Holdings, L.P.,* No. 14-11-00058-CV (Tex. App. June 28, 2013); *Lotito v. Knife River Corp.,* 391 S.W.3d 226 (Tex. App. 2012); *Comiskey v. FH Partners, LLC*, 373 S.W.3d 620 (Tex. App. 2012*); Garcia v. Lucero*, 366 S.W.3d 275 (Tex. App. 2012); *Maddox v. Vantage Energy, LLC*, 361 S.W.3d 752 (Tex. App. 2012); *Devon Med v. Ryvmed Medical, Inc*., 60 So. 3d 1125 (Fla. Dist. Ct. App. 2011); *Cristobal v. Allen*, No. 01-09-00126-CV (Tex. App. July 22, 2010); Cohen-Sagi v. Profinance, No. 04-08-00181-CV (Tex. App. Mar. 4, 2009); *Notley v. Sterling Bank,* No. 05-07-00891-CV (Tex. App. Nov. 21, 2008); *Simulis v. G.E.* Cap, No. 14-06-00701-CV (Tex. App. Apr. 17, 2008); *Lamajak Inc. v. Frazin*, 230 S.W.3d 786 (Tex. App. 2007); *Barrand, Inc. v. Whataburger, Inc.,* 214 S.W.3d 122 (Tex. App. 2006); *Aguiar v. Segal*, 167 S.W.3d 443 (Tex. App. 2005); *McAnelly v. Brady Med Clinic*, No. 03-04-00095-CV (Tex. App. Nov. 12, 2004); *Kelly v. Rio Grande Comp*, 128 S.W.3d 759 (Tex. App. 2004); *Progressive Co Mut Ins v. Budget Motors,* No. 05-02-01763-CV (Tex. App. July 10, 2003); *MCN Energy Enterprises, Inc. v. Omagro De Colombia, L.D.C*., 98 S.W.3d 766 (Tex. App. 2003); *Bearden Investigative Agcy V. Melvin*, No. 02-02-078-CV (Tex. App. Jan. 30, 2003); *Superior Laminate v. Formica*, 93 S.W.3d 445 (Tex. App. 2002); *Ford v. State Bank,* 44 S.W.3d 121 (Tex. App. 2001); *Adams v. H H*, 41 S.W.3d 762 (Tex. App. 2001); *Secure Comm v. Anderson*, 31 S.W.3d 428 (Tex. App. 2000); *Allied Vista, Inc. v. Holt*, 987 S.W.2d 138 (Tex. App. 1999); *Highlands*

	Management Co. v. First Interstate Bank of Texas, N.A., 956 S.W.2d 749 (Tex. App. 1997); *Birenbaum v. Option Care, Inc.,* 971 S.W.2d 497 (Tex. App. 1997); *Pankow v. Colonial Life Ins. Co*., 932 S.W.2d 271 (Tex. App. 1996); *CRSS Inc. v*. *Runion,* 992 S.W.2d 1 (Tex. App. 1995); *Hur V. City Of Mesquite,* 893 S.W.2d 227 (Tex. App. 1995); *Gold Kist, Inc*. *v. Carr,* 886 S.W.2d 425 (Tex. App. 1994); *Vida v. El Paso Employees' Federal Credit Union*, 885 S.W.2d 177 (Tex. App. 1994); *Gerstacker v. Blum Consulting Engineers, Inc*., 884 S.W.2d 845 (Tex. App. 1994); *Henderson v. Texas Commerce Bank-Midland, N.A*., 837 S.W.2d 778 (Tex. App. 1992); *Traco, Inc. v. Arrow Glass Co*., 814 S.W.2d 186 (Tex. App. 1991); *Garcia v. Kastner Farms Inc*., 789 S.W.2d 656 (Tex. App. 1990); *Hampton v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co*., 778 S.W.2d 476 (Tex. App. 1989); *Lone Star Steel Co. v. Scott*, 759 S.W.2d 144 (Tex. App. 1988); *Adams v. Petrade Intern*, 754 S.W.2d 696 (Tex. App. 1988); *Magcobar v. Grasso Oilfield*, 736 S.W.2d 787 (Tex. App. 1987); *Magcobar v. Grasso Oilfield*, 736 S.W.2d 787 (Tex. App. 1987); *Interfirst Bank San Felipe, N.A. v. Paz Construction Co*., 741 S.W.2d 463 (Tex. App. 1986); *First State Bank v. Schwarz Co*., 687 S.W.2d 453 (Tex. App. 1985); *Mobley v. Wenger*, 689 S.W.2d 477 (Tex. App. 1985); *Southwest Craft Ctr. v. Heilner*, 670 S.W.2d 651 (Tex. App. 1984); *Levine v. Loma Corp*., 661 S.W.2d 779 (Tex. App. 1983); *Guzman v. Acuna*, 653 S.W.2d 315 (Tex. App. 1983); *Miller v. Curry*, 625 S.W.2d 84 (Tex. App. 1981); *Kenney v. Porter*, 604 S.W.2d 297 (Tex. Civ. App. 1980); *UTL Corp. v. Marcus*, 589 S.W.2d 782 (Tex. Civ. App. 1979); *Okemah Const v. Barkley-Farme*r, 583 S.W.2d 458 (Tex. Civ. App. 1979); *Guaranty Bk. v. Lone Star Life*, 568 S.W.2d 431 (Tex. Civ. App. 1978); *Texas Bank & Trust Co. v. Lone Star Life Insurance Co*., 565 S.W.2d 353 (Tex. Civ. App. 1978); *Dairyland Ins. v. Est. Basnight*, 557 S.W.2d 597 (Tex. Civ. App. 1977); *Anderson Development Corp. v. Coastal States Crude Gathering Co*., 543 S.W.2d 402 (Tex. Civ. App. 1976); *Briercroft S L v. Foster Fin*, 533 S.W.2d 898 (Tex. Civ. App. 1976); *Southwest Water Services, Inc. v. Cope*, 531 S.W.2d 873 (Tex. Civ. App. 1976); *E. F. Huttons&sCo., Inc. v. Fox*, 518 S.W.2d 849 (Tex. Civ. App. 1974); *Bush v. Stone*, 500 S.W.2d 885 (Tex. Civ. App. 1973); *Green v. Helmcamp Ins. Agency*, 499 S.W.2d 730 (Tex. Civ. App. 1973); *Boddy v. Gray*, 497 S.W.2d 600 (Tex. Civ. App. 1973); *Nat Resort Communities v. Cain*, 479 S.W.2d 341 (Tex. Civ. App. 1972); *O'Neil v. Powell*, 470 S.W.2d 775 (Tex. Civ. App. 1971); *Stanley Furniture Co v. Texas State Bank*, 425 S.W.2d 883 (Tex. Civ. App. 1968).

BIBLIOGRAFIA

Adler, J. (1985). *The 1984 Revision of the Lousiana Civil Codes Articles on Obligations*. Lousiana: Lousiana Law Review 45 La. L. Rev.

Adler, M. (1985). *Aristotle for Everybody.* Nueva York: Bantam Books.

Aguiar, H. (1950). *Hechos* y *Actos Jurídicos.* Buenos Aires: Tea.

Aguirre Andrade, A., Manasía Fernández, N. (2006). Los Principios Unidroit en las relaciones comerciales internacionales. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia, 25*, 47-79.

Alabiso, A. (1966). *El contrato preliminar*. Milan: Dr. A.Giuffre.

Albaladejo, M. (1958). *El Negocio Jurídico.* Barcelona: Bosch.

Albiez Dohrmann, K. (2011a). *La Necesaria Influencia del Derecho Privado Europeo en la Propuesta. Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

Albiez Dohrmann, K. (2011b). La Incorporación de las Condiciones Generales de la Contratación. El Código Civil: Una Tendencia muy europea. *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 194-238.

Alessandri Rodríguez, A. (1936). *Derecho Civil.* T. 1, 1er año, Santiago: Edit. Zamorano y Caperán.

Alvarez González, J. (2007). Responsabilidad Civil Extracontractual. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 76 Rev. Jr. U.P.R. 763.

Amato, C. (2021). Observaciones Sobre la Culpa en Contrahendo en el Ordenamiento Italiano. *Revista Digital Nuevo Derecho, Nro. 1-2021*, 70-90.

Amayuelas, E. (2009). Los Principios del Derecho Contractual Comunitario. *Anuario de Derecho Civil*, LXI, I.

Arenas García, R. (2007). La Regulación de la Responsabilidad Precontractual en el Reglamento Roma II. *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, VII, 315-339.

Aristóteles. (2001). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Alianza Editorial.

Arnold, M. (1976). Transcending Covenant and Debt. A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. *85 Yale L.J. 990.*

Arteaga, J.M. y Arteaga Carvajal, J. (1979). *Curso de Obligaciones.* Bogotá: Edit. Temis.

Asúa González, C. (1989). *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos).* País Vasco, España: Editorial Ellacuria.

Ashburner, W. (1902). *Principles of Equity*. Londres: Butterworth & Co.

Ashley, C. (1913). The Doctrine of Consideration. *Harvard Law Review, Vol. 26, No. 5,* 429-436.

Atiyah, P.S. (1981). *Promises, Morals, and Law*. Oxford; Clarendon Press.

Atiyah, P.S. (1979). *The Rise and Fall of Freedom of Contract.* Oxford: Clarendon Press.

Atiyah, P.S. (1981) Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation by Charles Fried. *95 Harv. L. Rev. 509.*

Azúa Reyes, S. (1993). *Teoría General de las Obligaciones.* México: Porrúa.

Bane, C. (1983). From Holt and Mansfield to Story to Llewellyn and Mentschikoff: The Progressive Development of Commercial Law. *University of Miami Law Review, 37(5), 352-377.*

Bardales Siguas, L. (2017). Casación No. 4407-2015-Piura, Sobrea la Responsabilidad Precontractual en Caso de desistimiento de las tratativas. *Gaceta Civil & Prcoesal Civil., No. 47, 133-150*. Lima.

Barrientos Zamorano, M (2012). Culpa in Contrahendo en Mutuo Hipotecario. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39, No. 3, 829-847.

Barnett, R. (1986). A Consent Theory of Contract. *86 Colum. L. Rev. 269*

Barnett, R. (1996). The Death of Reliance. *46 J. Legal Educ., Georgetown University Law Center. 518-536.*

Barnett, R. y Becker, M. (1987). Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations. *Hofstra Law Review*, 15(3), 443-497

Baron, J. (1989). Gifts, Bargains, And Form. *64 Ind. L.J. 155*

Becker, M. (1987). Promissory Estoppel Damages. *16 Hofstra L. Rev. 131*

Beh, H. G. (1997). Allocating The Risk of The Unforeseen, Subsurface And Latent Conditions In Construction Contracts: Is There Room For The Common Law? *University of Kansas Law Review,* 46*,* 115-154

Behr, V. (2011). Rome I Regulation A--Mostly--Unified Private International Law of Contractual Relationships Within Most of The European Union. 29 J.L. & Com. 233.

Bellatine, H. (1913). Is the Doctrine of Consideration Senseless and Illogical? Michigan Law Review, Vol. IX, No. 6, 423-434

Benatti, F. (2021). Responsabilidad Precontractual. Una visión comparada entre Italia y Perú. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*, T. 100, pp. 167-178.

Benson, P. (2006). Contract as a transfer of ownership. *48 Wm. & Mary L. Rev. 1673*.

Beraúdo, J. (1999). Principios de UNIDROIT (y de la Unión Europea) y su Influencia en el Derecho Internacional. En Ferrer Vanrell, M. y Martines Cañella, A. (directores), *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales* (pp. 295-309). Madrid: Dykinson.

Bernal Fandiño, M. (2006). La Transformación de la Causa en el Derecho de Contratos Francés. *Universitas Pontificia Universidad Javeriana,* 111, 227-243.

Betti, E. (2001). Reflexiones sobre la Noción de Negocio Jurídico. *Teoría General del Negocio Jurídico*, Lima: Ara editores.

Biblia (Reina Valera, 1960).

Blackstone, W. (1766). *Commentaries on the Laws of England. Vo II Of the Rights of Things*. Chicago: The University of Chicago Press.

Bogusch, E. (1928). *El desarrollo más reciente de la doctrina de la culpa in contrahendo.* Koenigsberg-Alemania: M.Hiller vorm.Michelly.

Bohrer, M. (1980). *Responsabilidad del garante de la disposición. Una contribución a la enseñanza de la responsabilidad negative de fideicomiso.* Ebelsbach del Meno-Alemania: Verlag Rolf Gremer.

Bonfante, P. (1951). *Instituciones de Derecho Romano.* Madrid: Reus.

Bonnecase, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil.* (T. II). Puebla-México: Edit. Cajica.

Borda, G. (2005). *Manual De Derecho Civil. Parte General,* 18ª Edición, Bs. As.: Edit. Perrot.

Bowers, J. (2005). Poke Your Nose into Your Clients' Businesses (If You Want to Understand Their Contracts). *57 Me. L. Rev. 39*.

Buendía de los Santos, E. (2016). El Rompecabezas de la confianza. La Letter of intent y el memorandum of understanding en el Derecho contractual peruano y la responsabilidad precontractual. *Revista Gaceta Civil y Procesal Civil, Registral, Notarial, T. 42, pp. 187-196*. Lima-Perú.

Bueres, A. (1995). *La Causa Final en el Acto Jurídico.* En "Diez Años del Código Civil Peruano. Balances y Perspectivas." T. I, Universidad de Lima.

Burton, S. (1995). *Principles of Contrat Law.* Minessota, EE.UU.: Thomson West.

Burrows, A. (2013). *A Casebook on Contract. 4th edition*. Oregon: Hart Publishing Ltd.

Bridgeman, C. (2005). Allegheny College Revisited: Cardozo, Consideration, And Formalism In Context. *39 U.C. Davis L. Rev. 149*.

Bridgeman, C. (2007). Reconciling Strict Liability with Corrective Justice in Contract Law. *75 Fordham L. Rev. 3013*.

Bridgeman, C. (2008). Why Contracts Scholars Should Read Legal Philosophy: Positivism, Formalism, And the Specification of Rules in Contract Law. *29 Cardozo L. Rev. 1443*.

Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* T. II, 14ª edic. Bs. As.: Edit. Heliasta.

Cabanillas Sánchez, A. (2015). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 628, 747-788*.

Cabrillac, R. (2016). El Nuevo Derecho Francés De Los Contratos. *Revista de derecho Themis*. *Núm. 70, pp. 59-66*. Lima.

Calamari, J., Perillo, J., Bender, H., Brown, C. (2018). *Cases and Problems on Contracts*. Minnesota: West Publishing Co.

Caldas, R. (2015). A responsabilidade do Estado nos contratos administrativos por culpa in contrahendo e post factum fi nitum. Re*vista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),* Universidade Nove De Julho, Brasil.

Camacho Clavijo, S. (2005). *Partes Intervinientes, Formación y Prueba del Contrato Electrónico*. Madrid: Reus.

Camus (1942). *Curso de Derecho Romano. Derecho de Obligaciones.* La Habana: Edit. Univ. de La Habana.

Canaris, C. (1965) Reclamaciones por Incumplimiento Positivo del Contrato y Efecto a Terceros en el Caso de Cantidades Nulas. Revista de Derecho Alemán y de Jurisprudencia del Sur de Alemania, pp. 473-483. Munich: Editorial JCB Mohr (Paul Siebeck) Tubingen.

Canaris, C. (1982) Interrupciones en el Desempeño al Comprar una Empresa. *Revista de Derecho Comercial y Corporativo, 11 año*, 396-434. Berlín: Walter de Gruyter & Co.

Canaris, C. (2012). Leyes de Protección y Obligaciones de Tráfico. En Libro Conmemoración del 80 Aniversario del Cumpleaños de Karl Larenz, 948-1052. Berlín: Walter de Gruyter & Co.

Candian, A. (1964). *Instituciones de Derecho Privado.* México: Uteha.

Capik, A. (2007). *Obligaciones de información al celebrar un contrato a través de Internet. Un análisis jurídico comparado. Derecho europeo, alemán y polaco.* Heidelberg-Alemania: Peter Hommelhoff.

Carbonnier, J. (1960). *Derecho Civil, El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual* (T. II, Vol. II). Barcelona: Bosch.

Cárdenas Manrique, C. (2017). Las Tratavias Precontractuales y la Culpa in Contrahendo. Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, No. 47, pp. 151-160. Lima.

Cartwright y Hesselink (2009). *Precontractual Liability in European Private Law.* Cambridge University Press.

Caruso, D. (1993). *La Culpa in Contrahendo. La Experiencia Estadounidense e Italiana*. Milán: Giuffre Editores.

Casimir, G. (1993). Payne V. Tennessee: Overlooking Capital Sentencing Jurisprudence and Stare Decisis. *19 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 427*.

Castro Y Bravo, F. (1985). *EI Negocio Jurídico.* Madrid: Editorial Civitas.

Chang Hernández, G. (2017). Responsabilidad Civil en las Tratativas Contractuales" Culpa in Contrahendo, antijuridicidad y régimen aplicable. Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, No. 47, pp. 191-200.

Charme, J. (1992). The Interim Obligation of Article 18 Of the Vienna Convention On The Law Of Treaties: Making Sense of An Enigma. *25 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 71*.

Chaussade Klein, B. (1992). *La "obligación de renseignements" precontractual en el derecho francés.* Berlín: Peter Lang.

Choe, Y. (1988). *Culpa en contrahendo by Rudolph Jhering.* Gottingen: Publicación Otto Schwartz y Co.

Choi, H. (1990). *La responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) y la protección de intereses económicos primarios en responsabilidad extracontractual.* Fráncfort del Meno: Peter Lang.

Cieza Mora, J. (2015). El Error y Un Acercamiento a la Responsabilidad Precontractual. *Revista Gaceta Civil y Procesal Civil, Registral y Notarial. T. 22, pp. 68-134*. Lima-Perú.

Cieza Mora, J. (2017). La Responsabilidad Precontractual, los efectos resarcitorios de la anulación del contrato, el contacto social y los deberes de protección. *Revista Gaceta Civil y Procesal Civil, Registral y Notarial. T. 47, pp.*

Cifuentes, S. (1986). *Negocio Jurídico.* Bs. As.: Astrea.

Coderch, P. y García-Micó, T. (2020). *Concepción Contextual de la Buena Fe Contractual. Artículo 1258 del Código Civil. Barcelona*: Universidad Pompeu Fabra.

Coester, M. & Markesinis, B. (2003) Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise In Comparative Methodology. *51 Am. J. Comp. L. 275*.

Cohen, N. (2009). From the Comon Law to the Civil Law: the experience of Isarel. En Cartwright y Hesselink (directores), *Precontractual Liability in European Private Law,* 398-430. Cambridge University Press.

Colin, A. y Capitant, H. (1941). *Curso Elemental de Derecho Civil.* (T. I.) Madrid: Reus.

Coltoff, P., Larsen, S. y Pellegrino, C. (2008). Agreements Contrary to Public Policy. *17A C.J.S. Contracts § 276*.

Corbin, A. (1918). Does a Pre-Existing Duty Defeat Consideration? *27 Yale L.J. 362.*

Corbin, A. (1947). *Cases on The Law of Contracts. Selected From Decisions of English and American Courts with Extensive Critical Notes*. (Third edition). Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co.

Corbin, A. (1952) *Corbin on Contracts*. Minnesota: West Publishing Co.

Cortés Pérez, C. (2011). La Responsabilidad Precontractual. *Revista Gaceta Jurídica*, T. 217. Lima-Perú.

Cosco, G. (2018). *El acuerdo preliminar de ejecución anticipada: una propuesta reconstructora de un fenómeno complejo*. Milan: Walters Kluwer.

Coviello, N. (1938). *Doctrina General del Derecho Civil.* México: Uteha.

Crousillac, T. (2015). Offer at Your Own Risk: Why Louisiana Employers Who Withdraw an Offer of Employment May Find. *Louisiana Law Review, Vol. 67,* pp. 921-957.

Dabin, J. (1929). *La Teoría de la Causa.* Madrid: Revista de Derecho Privado.

Dachenhausen, T. (1983). *La culpa en contrahendo en el derecho internacional.* Napoles: Giannini.

Dalton, C. (1985). An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine. *Yale Law Journal*, 94, 5, 997-1114.

Davis, J. (1993). Cardozo's Judicial Craft and What Cases Come to Mean. *New York University Law Review.* 68, 777.

Davis, J. P. (1993). Cardozo's Judicial Craft and What Cases Come to Mean. *68 N.Y.U. L. Rev. 777*.

Dawson, J. (1970) *The Oracles of the Law*. Michigan: The University of Michigan Law School.

De La Fuente Núñez De Castro, M. (2021). Comercialización de Productos Financieros Complejos: Responsabilidad por Omisión de los Deberes Conductuales Derivados de la Buena Fe. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, Vol. 26, pp. 81-105.

De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Artículo 1362*. Tomo I. Lima: Palestra Editores.

De Rada, D. (2010). *El contrato preliminar de derechos inmobiliarios*. Turin: G.Giappiachelli.

Delong, S. (1997). The New Requirement of Enforcement Reliance in Commercial Promissory Estoppel: Section 90 as Catch-22. *Wisconsin Law Review,* 943-1022.

Demkina. A. (2020). *La relación jurídica precontractual es el objetivo de la base de la teoría.* Moscu: Perspectiva.

Deshayes, O. y Maitre, G. (2009). Case 1: Negotiations for premises for a bookshop. En Cartwright y Hesselink (directores), *Precontractual Liability in European Private Law* (pp. 28-32). Cambridge University Press.

Di Pietro, A. Y Lapieza Elli, A.E. (1983). *Manual de Derecho Romano.* Buenos Aires: Depalma.

Diers, L. (1962). *Reclamaciones de indemnización de terceros por culpa in contrahendo. La responsabilidad por negligencia en las negociaciones del contrato frente a otras personas que no participan directamente en las negociaciones.*Munster-Alemania: Dr. Fikentscher.

Diez Picazo, L. (1983). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (*Vol. I) Madrid: Tecnos.

Diez Picazo, L. (2014). *La Doctrina de los Actos Propios. Un Estudio Critico Sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Navarra-España: Editorial Aranzadi, SA.

DiMatteo, L. (1998). Resolving International Contract Disputes. *Dispute Resolution Journal, Vol. 53, No. 4*, 475-479

DiMatteo, L. (1999). Equity's Modification of Contract: An Analysis of The Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law. *33 New Eng. L. Rev. 265*.

DiMatteo, L. & Ostas, D. (2011). Comparative Efficiency in International Sales Law. *26 Am. U. Int'l L. Rev. 371.*

Distelhorst, M. (1991). Judging Ourselves as Heirs to The Realist Insight: The Role of Ethics as A Bridge Between Law and Life. *60 U. Cin. L. Rev. 43*.

Dobrilá, M. (2015). Unification Of Criteria for The Assessment of Good Faith in Negotiating Contracts: From National to International Through the Intercession of The European Experience. *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, No. 2, pp. 1-10.

Dolle, H. (1943). Aussergesetzliche Schuldpflichten (Obligaciones extracontractuales). *Revista de la ciencia política en su conjunto y Journal of Institutional and Theoretical Economics, Bd. 103, H. 1*, pp. 67-102.

Domat, J. (1777). *El Derecho Civil en su Orden Natural, el Derecho Público y la Selección de Leyes*. Paris: Chez D Elalain, Libraire.

Domat, J. (1850). *The Civil Law in Its Natural Oder*. Boston: Charles Little y James Brown.

Donovan, J. (2003). Same-Sex Union Announcements: Précis on A Not So Picayune Matter. *49 Loy. L. Rev. 171.*

Doral García, J. A. (2011). La Concepción del Contrato en el Derecho Europeo y su Proyección en la propuesta de modernización. *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España.* Barcelona*:* Atelier Libros Jurídicos, 108-154.

Drexler, V. (1998). *La relación de la culpa in contrahendo a la garantía por defectos materiales, especialmente teniendo en cuenta la situación jurídica al comprar una empresa.* Colonia-Alemania.

Duguit, L. (1946). Las *Transformaciones del Derecho (Público y Privado).* Argentina: Heliasta.

Duguit, L. (2018). *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón:* (1 ed.). Santiago de Chile: Ediciones Olejnik. Recuperado de https://elibro.net/es/ereader/uab/234636?page=2.

Durak, Y. (2017). Trust Responsibility And "Culpa in Contrahendo. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi.* Vol. 25 (1), pp. 239-288

Dworkin, R. (1996). *Fredom's Law. The Moral Reading of The American Constitution.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Ebrite, T. (2005). Toward A Balanced Equation: Advocating Consistency in The Sentencing Of Serial Killers. *58 Okla. L. Rev. 685.*

Ehinger, J. (2014). *Responsabilidad civil por conocimientos artísticos y confirmación de inclusión en el catálogo razonado. Una contribución a la responsabilidad del experto.* Frankfort: Peter Lang.

Eisenberg, M. (1997). The World of Contract and The World of Gift. *85 Cal. L. Rev. 821*.

Eisgruber, C. (2000). Teaching Law Through Contracts and Cardozo. *44 St. Louis U. L.J. 1511*.

Engelskirchen, H. (1997). Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy. *27 Seton Hall L. Rev. 490.*

Epstein, R. (1982). The Social Consequences of Common Law Rules. *Harvard Law Review*, *95*, 490-573.

Escobar Lino, M. y Guevara Porlles, K. (2016). La Responsabilidad Precontractual. Fundamentos y Régimen de aplicación según la normativa civil peruana. Revista Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral y Notarial. T. 40, 181-201.

Espina, D. (2009). El Carácter Mercantil de la Unificación Internacional del Derecho Contractual. En Ferrer Vanrell, M. y Martines Cañella, A. (2009). *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales* (pp. 102-153). Madrid: Dykinson.

Espinoza Espinoza, J. (2015). Un curioso caso de responsabilidad civil precontractual peruano**.** *Gaceta Civil & Procesal Civil. Volumen: 1.* (pp. 137 - 145)

Estevill, L. (1995). *Derecho de Daños. Principios Generales, Responsabilidad Contractual, Extracontractual y Responsabilidad Precontractual. T.I.* Barcelona: Bosch.

Faggella, G. (1918). *Periodi precontractuali e la responsabilidad precontractual.* Roma: Appia Nuova.

Falla Jara, A., y Pizarro Aranguren, L. (1991). El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares y esperanzadores. *Revista Themis, No. 20, pp. 96-102*.

Farber, D. (1983). Contract Law and Modern Economic Theory. Berkeley Law Scholarship Repository. *78 Nw. U. L. Rev. 303*-339.

Farber, D., y Matheson, J. (1985). Beyond Promissory Estoppel: contract Law and The Invisible Handshake. *52 U. Chi. L. Rev. 903*.

Farnsworth, A. (1987). Contracts Scholarship in The Age Of The Anthology. *Michigan Law Review.* 85 Mich. L. Rev. 1406-1462.

Farnsworth, A. (1990). *Contracts*. Boston: Little Brown and Company.

Faus Pujol, M. (2023). *Generación del Contrato. Tratos Preliminares*. Recuperado de https://app.vlex.com/vid/generacion-contrato-tratos-preliminares-844409117 [Consulta en línea: mayo 2023].

Feinman, J. y Feldman, M. (1985). Pedagogy and Politics. *Georgetown Law Journal, 73,* 875-930.

Fernández Pérez, A. (2015). Funciones De Las Cláusulas De Excepción En El Proceso De Localización De La Norma De Conflicto. *Revista Española De Derecho Internacional. Sección Estudios. Vol. 67/2, pp. 83-109*. Madrid.

Ferrari, F. (1994). Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law. *24 Ga. J. Int'l & Comp. L. 183*.

Ferrari, F. (2003). Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law. *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration.*

Ferrer Vanrell, M. y Martínez Cañellas, A. (2009). *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales*. Madrid: Dykinson.

Ferreri, S. (2009). Coherence of European Private Law and Terminology Issues. Finding the Words to Say it. En Ferrer Vanrell, M. y Martines Cañella, A. (Directores), *Principios*

de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales (pp. 87-101). Madrid: Dykinson.

Ferri, G. B. (2001). *El Negocio Jurídico. Teoría General del Negocio Jurídico.* Lima: Ara editores.

Ferri, G. B. (2004). La Presencia 'invisible' de la casusa del contrato. *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima-Perú: Edit. Grijley.

Ferro, F. (1999). *I'imputazione Precontrattuale. Il Preliminare, Le Trattative.* Milán: Cedam.

Figueroa Matos, R. (2017). La Tutela Jurídica Del Incumplimiento De La Promesa De Empleo En El Sector Privado En Puerto Rico: Un Supuesto Atípico De Responsabilidad. *86 Rev. Jur. U.P.R. 1247.*

Frank, J. (1930) Law and the Moder Mind. Nueva York: Brentano's Publishers.

Frank, J. (2009) Law and the Modern Mind. Nueva York: Routledge.

Franzoni, M. (2013). El contacto social no sólo es relevante para el médico. *Revista IUS ET VERITAS, N° 46*, pp. 36-50.

Freed, D. y Walker, T. (1986). Family Law in The Fifty States: An Overview. *19 Fam. L.Q. 331*.

Fried, C. (1980). The Rise and Fall of Freedom of Contract by P.S. Atiyah. *Harvard Law Review, 93,* 1858.

Fried, C. (1981). *Contract as Promise. A theory of Contractual Obligation*. Massachusetts: Harvard University Press.

Friel, R. (2009). Case 4: An Architect's Preparatory Work: Ireland. En Cartwright y Hesselink (directores), *Precontractual Liability in European Private Law* (pp. 125-126). Cambridge University Press.

Fuller, L. y Perdue, W. The Reliance Interest in Contract Damages. *46 Yale L. J. 52.*

Fuller, L. (1941). Consideration and Form. *Columbia Law Review*, *41(5)*, 799-824).

Fuller, L. (1949). The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review, Vol. 62, No. 4), 616-645.*

Furmston, M. & Tolhurst, G. (2016). *Formación del contrato. Ley y práctica.* Oxford: CPI Group.

Gabrielle, G. (1970). *El acuerdo preliminar*. Milan: Dr. A. Giuffre.

Galgano, F (2009). El Contrato en las Relaciones Transnacionales. En Ferrer Vanrell, M. y Martines Cañella, A. (directores), *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales* (pp. 16-24). Madrid: Dykinson.

Galgano, F. (2001). *El Crepúsculo del Negocio Jurídico. Teoría General del Negocio Jurídico.* Lima: Ara editores.

Gamage, D. y Kedem, A. (2006). Commodification And Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations. *The University of Chicago Law Review, 73:1299*.

Ganbari, M (2020). Liability in culpa in contrahendo and negative damages in the context of the termination of pre-contractual negotiations. *Selçuk Law Review.* Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey.

García De Enterría, E. Y Ramón Fernández, T. (1965) Curso *de Derecho Administrativo.* Madrid: Edit. Civitas.

García Lang, S. (2018). El Nacimiento Y Ascenso De Los Civil Lawyers. *Revista De Derecho Thēmis No. 73, pp. 271-294.* Lima-Perú.

García Rubio, M. (1991). *La responsabilidad precontractual en el derecho español.* Madrid: Tecnos.

García, M. y Otero, M. (2010). La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Contractual Europeo. *Revista para el Análisis del Derecho,* 2-62.

Gastaldi, J. M. (1964). *Contratos*, *Vol. I.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gaudemet, E. (1984). *Teoría General de las Obligaciones.* México: Porrúa.

Geldres Campos, R. (2014). Responsabilidad Precontractual por Falsus Procurator. *Revista Actualidad Jurídica, T. 241.* Lima-Perú.

Geldres Campos, R. (2017). La Responsabilidad Precontractual. Revista *Gaceta Civil & Procesal Civil., No. 47, pp. 201-209*. Lima

Gilmore, G. (1974). *The Death of Contract*. Columbus, OH: The Ohio State University Press.

Gil-Walin, S. (2007). Liability Under Pre-contractual Agreements and Their Application Under Colombian Law and the CISG. *Nordic Journal of Commercial Law*, 1*,* 1-17.

Giorgi, J. (1929). *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Fuentes de las Obligaciones. Contratos, Vol. IV.* Madrid: Edit. Reus.

Goderre, D. M. (1997). *I*nternational Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability Under the United Nations Sales Convention. *University of Cincinnati Law Review, 66*, 257-281.

Goethe. (2010) *Fausto*. Madrid: Luarna ediciones.

Goetz, C. (1980). Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *The Yale Law Journal, Vol. 89, Number 7.*

Gómez Calle, E. (1994) *Los Deberes Precontractuales de Información*. Madrid: La Ley.

Gonzáles, J. A. (1985). *Elementos de Derecho Civil*. México: Edit. Trillas.

Gordley, J. (1995). Enforcing Promises. *83 Cal. L. Rev. 547.*

Gordley, J. (2000). The Common Law in The Twentieth Century: Some Unfinished Business. *88 Cal. L. Rev. 1815*.

Gordon, J. (1991). Consideration And the Commercial-Gift Dichotomy. *44 Vand. L. Rev. 283*.

Gordon, J. (2000). A Dialogue About the Doctrine of Consideration. *75 Cornell L. Rev. 987*.

Goren, W. (2003). Looking For Law in All the Wrong Places: Problems in Applying The Implied Covenant of Good Faith Performance. *37 U.S.F. L. Rev. 257.*

Grosskopf, O. & Medina, B. (1977). Regulating Contract Formation: Precontractual Reliance, Sunk Costs, And Market Structure. *39 Conn. L. Rev. 1977*.

Gorla, G. (1959). *El Contrato. T. I*, *Exposición General*. Barcelona: Bosch.

Graw, S. (1998). *An Introduction to the Law of Contract.* Australia: LBC Information Services.

Groeschke, P. (1993). *El problema de la torre de la deuda en el acceso a las obligaciones precontractuales.* Frankfort: Peter Lang.

Grote, T. (1984). *La responsabilidad personal de terceros como aplicación de la culpa in contrahendo.* Bochum-Alemania: Dr. N. Brockmeyer.

Guevara Porlles, K. Antijuricidad en el daño ocasionado en la Tratativas. A propósito de la Casación No. 4407-2015-Piura. *Revista Gaceta Civil y Procesal Civil, T. 47. pp. 107-114.* Lima.

Gurpinar, D. (2006). *Responsabilidad jurídica derivada de no realizar consejos, consejos o información incorrectos anticontractuales.* Esmir-Turkia: Gursel Sengun.

Gutiérres y Gonzáles, E. (1995). *Derecho de las Obligaciones*, 10ª Edición, Edit. México: Porrúa.

Hage-Chahine, N. (2012). Culpaincontrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation. *Northwestern Journal of International Law and Business*, *32, 3, 2*, 451-540.

Hahn, A. (2004). *Reclamaciones de remuneración por servicios en ausencia de una base contractual. Un viaje a través de cuatro europeos jurisdicciones.* Berna: Stampfli.

Haiduk, B. (1970). *La culpa in contrahendo en la relación de trabajo.* Wurzburg-Alemania: Dr. Gunther Kuchenhoff.

Haftung, K. (1962). *Reclamaciones de Indemnización por Terceros por Culpa in Contrahendo*. Muster-Alemania: Universidad Westfalia Wilhelms.

Han, S. (2014). Culpa In Contrahendo in Chinese Contract Law. *Tsinghua China Law Review, Vol. 6:157, 158-170.*

Hehli, C. (2008). *Recursos alternativos del comprador con especial referencia a la responsabilidad por culpa in contrahendo.* Zurich: Schulthess.

Heldrich, C. (1924). *La culpa en contrahendo en el derecho romano clásico y en desarrollo legales posteriores.* Leipzig: Theodor Weicher.

Henke, A. (1997). *Responsabilidad del administrador.* Frankfort: Peter Lang.

Henry, R. L. (1917). Consideration In Contracts. *Yale Law Journal*, *26*, 664-698.

Herman, S. (1984). Detrimental Reliance in Louisiana Law--Past, Present, And Future (?): The Code Drafter's Perspective. 58 Tul. L. Rev. 707.

Hiscock, M. (1996). The Keeper of The Flame: Good Faith and Fair Dealing In International Trade. 29 Loy. L.A. L. Rev. 1059.

Hill, A. (1973). Damages For Innocent Misrepresentation. *73 Colum. L. Rev. 679*.

Hillman, R. (1998). Questioning the "New Consensus" on Promissory Estoppel: An Empirical and Theoretical Study. *Cornell Law Faculty Publications*, *98, 3,* 580-619.

Holmes. (1991). *The Common Law.* New York: Dover Publications, Inc.

Horwitz, M. (1974). The Historical Foundations of Modern Contract Law. *87 Harv. L. Rev. 917.*

Huang, M. (1974). *Alcance de la reclamación por daños y perjuicios por culpa en la contratación.* Tubingen-Alemania: Barbara v. Spangenberg KG Tubinga.

Iftime, E. (2014). Good Faith in Domestic Sales Law. *Agora International Journal of Juridical Sciences, No. 4,* 68-81.

Jackson, C. (1999). Traditional Contract Theory: Old And New Attacks And Old And New Defenses. *33 New Eng. L. Rev. 365*.

Jeffries, B. (2012). Preliminary Negotiations or Binding Obligations? A Framework For Determining the Intent of The Parties*. 48 Gonz. L. Rev. 1.*

Jenks, E. (1892). *The History of the Doctrine of Consideration in English Law*. Londres: Cambridge University Press.

Jerry, R. (1998). Insurance, Contract, And The Doctrine Of Reasonable Expectations. *5 Conn. Ins. L.J. 21.*

Jors, P. Y Kunkel, W. (1937). *Derecho Privado Romano.* Barcelona: Labor.

Josserand, L. (1950). Derecho Civil, T. II, Vol. I. *Teoría General de las Obligaciones.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Compañía Editores,

Jungst, U. (1981). *El abuso del poder organizativo de representación*. Berlín: Duncker y Humblot.

Kadner Graziano, T., Selelionyté-Drukteinienė, S. Jurkevicius, V. The Impact of the Comparative Method on Lithuanian Private Law. (2013). *European Review of Private Law*, 959-990

Kakatsakis, S. (2007). *La culpa in contrahendo según el nuevo derecho de obligaciones.* Tubinga: Koehler Druck.

Kant, I. (1989). *Crítica de la Razón Pura* (1.ª ed.). (J. Rovira y J. Tusquets, Trads.). Madrid: Alfaguara.

Karaman, T. (2011). Comparative Study on The Liability of Classification Societies to Third Party Purchasers with Reference to Turkish, Swiss, German and US Law. *42 J. Mar. L. & Com. 125.*

Kaumanns, H. (1966). *Responsabilidad por culpa in contrahendo en derecho laboral.* Colonia: Dr. T. Mayer-Maly.

Keeton, R. (1962). Creative Continuity in The Law of Torts. *75 Harv. L. Rev. 463*.

Keller, R. (1997). *Obligaciones precontractuales en derecho administrativo. Al mismo tiempo un aporte a la teoría de las relaciones jurídicas.* Berlín: Duncker y Humblot.

Kelsen, H. (2018) *Teoría Pura del Derecho.* Arequipa: Edijsur.

Kennedy, D. (2000). From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fullers's Consideration and Form. *Columbia Law Review,* 100, 1, 94-175.

Kessler, F. (1952). A Comprehensive Treatise on The Rules of Contract Law. *61 Yale L.J. 1092.*

Kessler, F. (1954). Arthur Linton Corbin, A Tribute. *Yale Law Journal*, 64, 164-168.

Kessler, F. (1964). Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. *Harvard Law Review, 77, 3*, 401-449.

Kessler, F. (1975). Grant Gilmore. *Yale Law Journal, 84, 4*, 672-682.

King, C. (2004). The CISG - Another One of Equity's Darlings? *8 VJ 249 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration.*

Knapp, C. (1998). Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel. *Hastings Law Journal. 49, 5,* 1191-1335.

Koh, S. (2007). Respectful Consideration After *Sanchez-Llamas v. Oregon*: Why the Supreme Court Owes More to The International Court of Justice. *93 Cornell L. Rev. 243*.

Kohlhepp, G. (1989). *La relación entre la responsabilidad por defectos materiales y la culpa in contrahendo en el derecho de compraventa.* Frankfort: Peter Lang.

Kohls, R. (1990). *La responsabilidad de información precontractual según la ley de Alemania, EE.UU. e Inglaterra utilizando el ejemplo del banco líder de un sindicato de crédito.* Goettingen-Alemania: WiRe.

Kovac, M. (2019). Culpa in Contrahendo, Promissory Estoppel, Pre-Contractual Good Faith and Irredeemable Acts. En *Asian Journal of Law and Economics*; Berlín Tomo 10, N.º 1.

Kottenhagen, RJP. (2006). Freedom of Contract to Forcing Parties into Agreement: The Consequences of Breaking Negotiations in Different Legal Systems. *IUS Gentium Erasmus University Rotterdam, 12,* 61-95.

Kozolchyk, B. (2014). *Contratos comerciales comparativos. Derecho, cultura y desarrollo económico.* Saint Paul-Minnesota-EE.UU.: West Academic.

Kraus, J. (2008). From Langdell to Law and Economics: Two Conceptions of Stare Decisis in Contract Law and Theory. *Virginia Law Review*. *94, 1,* 157-195.

Kreitner, R. (2001). The Gift Beyond the Grave: Revisiting the Question of Consideration. *101 CLMLR 1876.*

Kühne, G. (1990). Promissory Estoppel and Culpa In Contrahendo. *Tel Aviv University Studies in Law, 10,* 279-296.

Kull, I. y Torga, M. (2013). Ajustar las nociones estonias de obligaciones contractuales y no contractuales bajo los instrumentos de derecho internacional privado europeo. *Revista Jurídica International XX/2013*, 61-68. Universidad de Tartu, Estonia.

Klein, J. & Bachechi, C. (1994). Precontractual Liability and The Duty Of Good Faith Negotiation In International Transactions. *17 Hous. J. Int'l L. 1.*

Lando, O. (2006). On Legislative Style and Structure. *Revista Juridica International* - Núm. XI, enero 2006, 13-19.

Larenz, K. (1987). *Texto de Derecho de Obligaciones* (Primer Volumen, parte general). Munich-Alemania: Librería C.H. Beck'sche Publishing.

Lasse Simonsen. (2009). Norway: Case 1: Negotiations for premises for a bookshop. En Cartwright y Hesselink (directores), *Precontractual Liability in European Private Law,* 75-76. Cambridge University Press.

Laszlo, C. (1966). *Sanciones civiles.* Budapest: Edición académica.

Lauer, J. (1983). *Obligaciones de información precontractual (especialmente hacia los consumidores) según la legislación suiza, alemana y francesa.* Berna-Suiza: Stampfli y Cie.

Lavalle Zago, E. (1991). *Contratos.* Lima: Ediciones Jurídicas.

Leibman, J. y Nathan, R. (1987). The Enforceability of Post-Employment Noncompetition Agreements Formed After At-Will Employment Has Commenced: The 'Afterthought' Agreement. *60 S. Cal. L. Rev. 1465*.

Leiva Fernández, L. (2002). Contenido Actual de la Responsabilidad Precontractual. *Revista Jurídica del Perú. No. 36,* 97-104.

León Hilario, L. (2003) La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania Schuldrechtsmodernisierung). IUS ET VERITAS, 13(26), 12-47, Lima-Perú.

León Robayo, E. (2015). La Nueva Lex Mercatoria: un derecho transnacional uniforme. *En Derecho Derecho internacional: varias visiones, un maestro.* Colombia: Editorial Universidad de Rosario (Colombia), 397-432.

Leonhard, F. (1896). *Culpa en la Contratación*. Gottingen-Alemania: Imprenta W. Fr. Kastner.

Lewandowska, E. (2020). Loyalty In Civil-Law Relationships as Found in The Polish Law. En *Bratislava Law Review,* Polonia: University of Bratislava.

Liese, S. (1993). *Acuerdos sobre obligaciones legales precontractuales y su limitación por la Ley de Términos y Condiciones Generales.* Frankfort: Peter Lang.

Lightsey, W. K. (1984). A Critique of the Promise Model of Contract. *William and Mary Law Review, 26, 1, 6,* 45-73.

Linzer, P. (2000). Teaching Important Contracts Concepts. *44 St. Louis U. L.J. 1317*.

Lizárraga, W. (1996) *La Tiranía del Derecho. Memorias de un Pasante*. Arequipa-Perú: Publiunsa.

Lizárraga, W. (2000) *El Cuarto Lado del Triángulo. El Problema de la Causa del Acto o Negocio Jurídico*. Arequipa-Perú: Publiunsa.

López, M. (2010). Resurrecting The Public Good: Amending The Validity Exception In The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods For The 21st Century. 10 J. Bus. & Sec. L. 133.

Llewellyn, K. (1930) *The Bramble Bush on Our Law and Its Study*. New York: Oceana Publication, Inc.

Llewellyn, K. (2012). *The Bramble Bush*. Louisiana, EE.UU.: Quid Pro Books.

Lliemann, R. (1932). *Culpa en la celebración del contrato (culpa in contrahendo).* Leipzig: Sad y Montanus.

Lockhart, J. (2006). Serious Consideration Doctrine and Duty of Disclosure Concerning Potential Changes to an Employee Benefit Plan. *15 A.L.R. Fed. 2d 1*.

Loges, R. (1991). *La justificación de las nuevas obligaciones de declaración y la idea de protección de la confianza legitima.* Berlín: Duncker y Humblot.

López Frías, M. J. (2011). El Error en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

López Mesa, M. (2013). *La Doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de If.

Lorenzen, E. (1919). Causa and Consideration in The Law of Contracts. *Yale Law Journal*, *28, 7,* 621-646.

Loser, P. (2006). *Responsabilidad de buena fe en el derecho suizo de las obligaciones. Conceptos básicos, formas de apariencia y diseño en la legislación aplicable en el contexto de la evolución jurídica europea.* Berna: Stampfli.

Loser, P. (2009). Switzerland: Case 1: Negotiations for Premises for a bookshop. En Cartwright y Hesselink (directores), Precontractual Liability in European Private Law (pp. 56-60). Cambridge University Press.

Luján Sandoval, L. (2017). *Gaceta Civil & Procesal Civil., No. 47, 227-250*.

Lundstedt, V. (2014). *La jurisprudencia como ciencia*. Lima: Palestra Editores.

Lupini Bianchi, L. (2014). *La responsabilidad precontractual en l derecho comparado moderno y en Venezuela (Tratos preliminares, cartas de intención, minutas, formación progresiva del contrato, precontratos y las patologías de la fase precontractual a la luz del principio de la buena fe).* Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Magnus, U. (2006). German Contract Law in The International Arena: A Review of The German Law of Contract: A Comparative Treatise. *81 Tul. L. Rev. 565.*

Maniruzzaman, A. (1999). The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? *14 Am. U. Int'l L. Rev. 657.*

Mankowski, P. (2020). *Manual de investigación sobre el Reglamento Ibis de Bruselas.* Northampton-UK: Edward Elgar Publishing, Inc.

Manresa y Navarro, J. M. (1918). *Comentarios al Código Civil Español, T. VIII*. Madrid: Reus.

Marín Pérez, P. (1983). *Derecho Civil*, Vol. II. Madrid: Tecnos.

Markesinis, B. (2004). Two Hundred Years of a Famous Code: What Should We Be Celebrating? *39 Tex. Int'l L.J. 561.*

Markovits, D. (2004). Contract And Collaboration. *113 Yale L.J. 1417.*

Martínez Alfaro, J. (1993). *Teoría de las Obligaciones.* México: Porrúa.

Marty (1952). *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones, Vol. I*. Puebla-México: Cajica.

Mattar, M. Y. (1988). *Promissory Estoppel: Common Law Wine in Civil Law Bottles.* The Tulane Civil Law Forum.

Mazeaud, H., L. y J. (1960). *Lecciones de Derecho Civil. Parte 2ª, Vol., I*. Buenos Aires: Ejea.

Mc Cauliff (2002). Un Enfoque Histórico de los Lazos Contractuales que Vinculan a las Partes. *Fordham Law Review, 71*, 841.

Mc Gregor, H. (1993). *Contract Code. Drawn Up on Behalf of the English Law Commission*. Universidad de Pavia-Italia: Giuffre Editores.

Mc Kendrick, E. (2017). *Contract Law*. Oxford: Londres: Palgrave Macmillan Education.

Mc Kendrick, E. (2020). *Contract Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: University Press.

McMeel, G. (2008) Pillans v Van Mierop. En Landmark Cases in the Law of Contract (Editores Charles Mitchesll y Paul Mitchell) Oregon: Hart Publishing

Melich-Orsini, J. (1982). *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. Bogotá: Temis.

Meliger, E. (1898). *Culpa en contrahendo o daños y perjuicios por contratos nulos después Código Común y Suizo de Obligaciones así como el código civil alemán.* Zurich: Zurcher y Furrer.

Mendoza Bellido, W. (2023). *Constitución y Crecimiento Económico: Perú 1993-2021.* Lima: Fondo Editoria PUCP.

Menger, C. (1994). *Principles of Economics.* Pennsylvania: Libertarian Press.

Merkin, R. (1999). *Privity of Contract*. New York: Lloyd's Commercial law Library.

Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial,* T. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América,

Messineo, F. (1986). *Doctrina General del Contrato*, *T. I.* Buenos Aires: Ejea.

Michaels, R. (2018). The Unidroit Principles as Reference For The Interpretation of U.S. Law. 66 Am. J. Comp. L. 31.

Mielke, K. (1963). *Los requisitos de la responsabilidad del representante legalmente designado por culpa in contrahendo.* Dusseldorf: Rudolf Stehle.

Miller, A. y Perry, R. (2013). Good Faith Performance. *Iowa Law Review, Núm. 98-2, 689-745.*

Mills Holmes, E. (1996). The Four Phases of Promissory Estoppel. *Seattle University Law Review, Vol. 20: 45.*

Mitchell, C. y Mitchell, P. (2008). *Landmark Case in the Law of Contract*. Oregon: Hart Publishing.

Moisá, B. (2014). Los deberes secundarios de conducta y la falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado. *Revista Advocatus Univesidad de Lima, No. 30*, 177-185.

Mollers, T. (2003). European Directives on Civil Law--Shaping A New German Civil Code. *18 Tul. Eur. & Civ. L.F. 1.*

Mommsen, F. (1879). *Discusiones Desde el Código de Obligaciones*. Leipzig, Alemania: J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung.

Monsalve-Caballero, V. (2013) *The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations. An Approach from European and Latin American Law*. Universidad del Norte Revista de Derecho, *39*, 126-148.

Montesano, L. (1953). *Acuerdo preliminar y sentencia constitutiva*. Nápoles: Dr. Eugenio Joven.

Morales Godo, J. (2009). *El daño a la persona. Una categoría jurídica innovadora frente a una tradición limitante.* Lima: Palestra Editores.

Morales Hervias, R. (2013) Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. Revista de la Facultad de Derecho PUCP, No. 71, 53-75. Lima-Perú.

Morales Hervias, R. (2018). Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista IUS ET VERITAS* Nº 57, pp. 170-189. Lima -Perú.

Morales Hervias, R. (2004). La Causa del Contrato en la Dogmática Jurídica*,* Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. *Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*, edit. Grijley, Lima, Perú

Morales Moreno, A. (2020). Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe. Anuario de Derecho Civil, 73(3), 983-1065. Recuperado de https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5973/5973 [Consultado el 20 de agosto de 2023].

Moreno More, C. (2014). Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano*. Revista IUS ET VERITAS*, No. 49, 222-239. Lima: Perú.

Moreno More, C. (2016). Post Tenebras Spero Lucem: Sobre la Culpa in Contrahendo y el Contacto Social. *Revista Gaceta Civil y Procesal Civil, Registral/Notarial*. T. 36. Lima-Perú.

Moreno More, C. (2017). ¿La Responsabilidad precontractual… llega a la casación? *Gaceta Civil & Procesal Civil., No. 47, 211-226*. Lima.

Morineau Iduarte, M. E Iglesias Gonzales, R. (1993). *Derecho Romano.* México: Harla.

Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzononi Editores.

Moura Vicente, D. (2009). La Formación De Los Contratos Internacionales. *Boletín Oficial del Estado, Núm. LXI-2*, 239-256.

Mousseron, J. (1985). Las Reglas de Formación del Contrato en Francia y Alemania. *Informe del Decimoquinto Seminario Conjunto de las Facultades de Derecho de Montpellier y Heidelberg del 15-28 de mayo de 1983*, 41-132. Alemania: Universidad de Heidelberg.

Mouton y Ocampo, L. (1910). *Causa. Enciclopedia Jurídica Española* (T.V.) Barcelona: Seix.

Muñoz, L. (1960). *Derecho Comercial. Contratos.* Buenos Aires: TEA.

Mustafaraj B. (2019). Modern legal systems and the principle of "Culpa in Contrahendo": A review of the Albanian model of pre-contractual liability on a Roman-Germanic model reference. En *Academicus International Scientific Journal*. Tirana-Albania: Academicus.

Mussy, A. (1999). *El deber de información ensayo sobre derecho comparado.* Trento-Italia: Alcione S.n.c.

Nanna, C. (2012). *La Teoría De La Responsabilidad De "Obligaciones De Estado", Entre Deberes De Protección E Incumplimiento De La Confianza*. Bari-Italia: Cacucci Editores.

Navarretta, N. (2003). Las razones de la causa y el problema de los remedios. Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo. *Revista de Derecho Privado, 11,* 57-77.

Navarro Fernández, J. A. (2011). *La Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. Los Juristas y Las Reformas en Tiempo de Capitalismo Global*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

Nedzel, N. (1997). A comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability. *Tulane Law School*, *12*, 97-157.

Nelson, W. (1973). Reform lf Common Law Pleading in Massachusetts 1760-7830: Adjudication as Prelude to Legislation. *University of Pennsylvania Law Review, 122, 1*, 97-136.

Ngugi, J. M. (2007). Promissory Estoppel: The Life History of An Ideal Legal Transplant. *University of Richmond Law Review*, *41, 2, 5*, 425-497.

Nicholas, B. (1962) *An Introduction to Roman Law*. Londres: Oxford University Press.

Nickel, C. (2004). *Las consecuencias jurídicas de la culpa in contrahendo*. Berlín: Duncker y Humblot.

Nickl, U. (1992). *La calificación de la culpa in contrahendo en el derecho internacional privado.* Frankfort: Peter Lang.

Norton, E.H. (1989). Bargaining and the Ethic of Process. *64 N.Y.U. L. Rev. 493*.

Novoa, R. (2005). Culpa In Contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean Law And The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (CISG). *22 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 583.*

Nunes Fritz, K. (2018). *La culpa in contrahendo en el derecho alemán y brasileño. Un régimen precontractual basado en el derecho alemán de obligaciones*. Berlín: Walter de Gruyter.

Núñez Muñiz, C. (2015). La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Colegio de Registradores de la Propiedad No. 749,* 1629 a 1642. Madrid.

Ojeda Guillén, L. (2009). *La Responsabilidad Precontractual en el Código Civil Peruano*. Lima: Motivensa Editora Jurídica.

Ordoqui Castilla, G. (2017). *Tratado de Derecho de los Contratos,* T. II, Vol. I. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales.

Oré Gamboa, C. (2013). El Error y la responsabilidad precontractual. *Revista Actualidad Jurídica*. T. 241, 45-97. Lima-Perú.

Ortega y Gasset, J. (1964) *El Tema de Nuestro Tiempo*. Madrid: Espasa Calpe.

Ortiz Morales, R. & Robles Torres, M. (2011). Figuras Jurídicas En Contexto: Análisis Del Discurso De La Jueza Fiol Matta En La Adjudicación De Controversias Ante El Tribunal Supremo De Puerto Rico. *80 Rev. Jur. U.P.R. 11.*

Ossorio, A. (2008) *El Alma de la Toga*. Madrid: Edit. Reus.

Osterling Parodi, F. y Rebaza Gonzalez, A. (2008). La ruptura injustificada de tratativas contractuales.". *Revista Iuris Omnes, Poder Judicial Arequipa, 1-13.* Arequipa-Perú.

Oughton, D. y Davis, M. (2000). Sourcebook On Contract Law, 2nd Edition. Londres: Cavendish.

Ourliac, P. y De Malaffose, J. (1960). *Derecho Romano y Francés Histórico,* T. I. Barcelona: Bosch.

Oviedo Albán, A. (2002). Los Principios UNIDROIT Para los Contratos Internacionales. *Revista Dikalon, Lo Justo, 16, 11*, 96-125.

Paez-Maletz, P. (1992). *La protección de la confianza en la celebración de contratos en el derecho estadounidense. Una comparación con la responsabilidad por romper las negociaciones del contrato en Alemania.* Colonia: Lameli.

Palao Moreno, G. (2023). Principios de Derecho Contractual Europeo. *Revista Españolsa de Derecho Internacional*, *LV-2*, 1148-1150.

Palmer, V. (1989). The History of Privity. The Formative Period (1500-1680). *33 Am. J. Legal Hist. 3.*

Palmer, V. (1994). The Many Guises of Equity in A Mixed Jurisdiction: A Functional View Of Equity in Louisiana. *69 Tul. L. Rev. 7.*

Palmieri, N. (1993). Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations. *Seton Hall Law Review, 24*, 70.

Pardolesi, P. (2009). *Promissory Estoppel: Confianza y vinculación de la promesa*. Bari-Italia: Cacucci Editores.

Pardolesi, P. (2010). *The Double Soul of Promissory Estoppel. A Comparative View*. *Comparative Law Review*. [en línea]. Disponible en https://ssrn.com/abstract=1702415 [Consultado el 15 de Marzo, 2023]

Pardolesi, P. (2011) El Estoppel Promisorio, La Promesa Unilateral Y la Culpa En Contrahendo: ¿Relaciones Peligrosas? *En Seminario de Derecho Privado Comparado de la Universidad de Bari Aldo Moro, Facultad de Derecho en Toronto*. Bari: Cacucci Editore.

Paredes Pérez, J. (2021). Contratos De Suministro De Contenidos y Servicios Digitales B2C: Problemas De Calificación Y Tribunales Competentes. *Revista Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Núm. 41, 1-39.*

Parodi, D. (1955). La Causa de los Actos Jurídicos. *ENCICLOPEDIA JURÍDICA "OMEBA*", T. II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Patrzek, K. (1992). *La conexión accesoria contractual en el derecho internacional privado: ilustrada por el derecho de daños, la gestión sin mandato, el derecho de enriquecimiento injusto y la culpa in contrahendo.* Munich: Verlag y Florentz.

Penningroth, D. (2022). Race In Contract Law. *University of Pennsylvania Law Review - Vol. 170 Núm. 5,* 1-105.

Perales Viscasillas, P. (2009). Principios de Unidroit y PDCE en el Arbitraje internacional. En Ferrer Vanrell, M. y Martines Cañella, A. (directores), *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales,* 158-175. Madrid: Dykinson.

Pérez Caballero, A. (1987). *Diccionario Jurídico Peruano.* Lima: Centro de Documentación Andina.

Pérez Velásquez, J. (2016). *La Indemnización de Daños y Perjuicios por Incumplimiento del Contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*. Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal.

Perillo, J. (2003). *Calamari and Perillo on Contracts*. Minnessota: Thomson West.

Pescio, V. (1958). *Manual de Derecho Civil.* Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba. T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Petit, E. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Romano.* México: Porrúa.

Pham, P. (1994). Wanning of Promissory Estoppel. *Cornell Law Review, 79, 5, 4*, 1263-1290.

Philippe, J. M. (2005). French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective. *Tulsa Journal of Comparative and International Law, 12, 2, 3*, 357-399.

Pierce, R. (1991). The Unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts Have Contributed to The Electricity Crisis of the 1990s. *43 Admin. L. Rev. 7.*

Piotet, P. (1963). *Culpa en la contratación y responsabilidad precontractual en el derecho privado suizo.* Berna: Stempfli.

Podhalicz, M. (2021). La Construcción de la Culpa in Contrahendo Como Instrumento Para Proteger Los Intereses de Los Inversionistas Extranjeros. Temas Seleccionados. *Revista Krytyka Praw*, Vo. 13, No. 4/2021, 252-273.

Pollock, F. (1902). Principles of contract. A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England. 7th edition. Londres: CF Roworth.

Pound, R. (1954) *An Introduction to The Philosophy of Law*. New Haven-Connecticut: Yale University Press.

Popp, C. (2001). *Responsabilidad civil previa a la negociación: la rupture de las negociaciones*. Curitiba-Brasil: Juruá.

Posner, E. (1998). Norms, Formalities, And the Statute of Frauds: A Comment. *144 U. Pa. L. Rev. 1971.*

Posner, E. (1998). *Economic Analysis of Law*. Boston: Aspen Publisher, Inc.

Posner, E. (2003). Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure. *Yale Law Journal, 112, 4*, 829-850.

Posner, E. (1997). Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises. *Wisconsin Law Review,* 567-609.

Pothier, R. J. (1993). *Tratado de las Obligaciones.* Buenos Aires: Heliasta.

Pouliadis, A. (1982). *Culpa en contrahendo y protección de terceros. Consideraciones sobre la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia con una consideración comparativa de la ley griega.* Berlín: Duncker y Humblot.

Pound, R. (1922). An Introduction to the Philosophy of Law. *New Haven: Yale University Press.*

Powers, J. (2002). Rethinking Moral Obligation as A Basis for Contract Recovery. *54 Me. L. Rev. 1.*

Prata, A. (2018). *Responsabilidad precontractual: una perspectiva comparada del derecho brasileño y Portugués.* Coimbra, Portugal: Almedina.

Pretel Alonzo, E. (2017). La Responsabilidad Precontractual: análisis histórico y comparado sobre el innecesario (pero insistente) esfuerzo de contractualizar bajo el escudo de "contacto social". A propósito de una ejecutoria suprema. *Revista Gaceta Civil y Procesal Civil. No. 47, 115-132*.

Pryor, S. (2005). Consideration in the Common Law of Contracts: A biblical-theological Critique. *Regent University Law Review*, *18, 1,* 1-51.

Pugliatti, S. (1943). *Introducción al Estudio del Derecho Civil.* México D.F.: Porrúa Hnos. y Cía.

Puig Brutau, J. (1954) *Fundamentos de Derecho Civil, T. II, Vol. I.* Barcelona: Bosch.

Planiol, M. (1904). *Tratado Elemental de Derecho Civil Conforme al programa Oficial de Facultades de Derecho*. T.I. París: Librería Cotillón.

Quesada Sánchez, A. J. (2011). *Las Negociaciones Dirigidas a la Formación de los Contratos. Derecho Privado Europeo Y modernización del Derecho Contractual en España.* Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

Quiring, T. (2006). *Derecho de responsabilidad y seguros. Problemas jurídicos de lo contractual y responsabilidad extracontractual y derecho de seguros.* Frankfort: Peter Lang.

Radisic, J. (1991). *Responsabilidad precontractual (culpa en la contratación).* Belgrado: Instituto de ciencias sociales.

Ramberg, C. and Herre, J. (2009). Sweden: Case 1: Negotiations for Premises for a bookshop. En Cartwright y Hesselink (directores), *Precontractual Liability in European Private Law*, 54-56. Cambridge University Press.

Ramírez Gronda, J. (1976). *Diccionario Jurídico.* Buenos Aires: Claridad.

Ramírez Izaguirre, L. y Roca Mendoza, O. (2017). Tropiezos en la Formación del Contrato: ruptura de las tratativas y el enfoque de la responsabilidad aplicable. *Gaceta Civil & Procesal Civil., No. 47, 161-171*. Lima

Rascio, R. (1967). *El acuerdo preliminar.* Napoles: Dr. Editrice Jovene.

Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. [Trad. De María Dolores González]. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Reder, W. (1989). *La responsabilidad personal de terceros no contractuales en el derecho internacional privado.* Constanza-Alemania: Hartung Gorre.

Reisberg, L. (2018). Interpretación de conceptos jurídicos indefinidos y cumplimiento de lagunas legales, en el marco semiótico de Juri Lotman. *Revista Jurídica International 27,* 3–11, Universidad de Tartu, Estonia.

Reitz, J. C. (1998). How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law, 46, 4,* 617-636.

Ricci, F. (1890). *Derecho Civil. Teórico y Práctico, T. XIII.* Madrid: La España Moderna.

Ricks, V. (1998). American Mutual Mistake: Half-Civilian Mongrel, Consideration Reincarnate. *58 La. L. Rev. 663.*

Ricks, V. (1999). In Defense of Mutuality of Obligation: Why Both Should Be Bound, Or Neither. *78 Neb. L. Rev. 491.*

Ricks, V. (2001). The Sophisticated Doctrine of Consideration. *9 Geo. Mason L. Rev. 99.*

Ricks, V. (2017). *The Story of Contract Law: Formation. Second Edition*. Minnesota: The Center for Computer - Assisted Legal Instruction (CALI).

Ripert, G. y Boulanger, J. (1956). *Tratado de Derecho Civil. Las Obligaciones, T. IV*. Buenos Aires: La Ley.

Roberts, F. (2011). Disclosure Duties in Real Estate Sales and Attempts to Reallocate the Risk. *34 Conn. L. Rev. 1.*

Robustella, C. (2014). Cartas De Patrocinio Y Monto Máximo Garantizado. *Rivista di diritto private, Nro. 19-2,* 603-617.

Rodríguez De Las Heras Ballell, T. (2015). La Etapa Precontractual en la Contratación Mercantil. *Estudios Sobre el Futuro Código Mercantil: Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz Getafe*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Rossi, J. (1994). Redeeming Judicial Review: The Hard Look Doctrine and Federal Regulatory Efforts to Restructure the Electric Utility Industry. *1994 Wis. L. Rev. 763*.

Rubino, D. (1953). *El Negocio Jurídico Indirecto.* Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado.

Ruggiero, R. (1929). *Instituciones de Derecho Civil, Vol. I*. Madrid: Reus.

Saavedra Velazco, R. (2010). Obstáculos Jurídicos Y Económicos A La Aplicación De La Teoría Del Incumplimiento Eficiente. ¿Un Irritante Jurídico O Una Figura De Aplicación Imposible? *Themis. Revista de derecho, Núm. 58, 247-276.* Lima-Perú.

Saavedra Velazco, R. (2013). Una visión comparada de la definición del contrato Notas sobre las diferencias entre los sistemas jurídicos de la tradición jurídica occidental. Revista Ius Et Veritas, No. 46, 186-203. Lima-Perú.

Sabbagh-Farshi, F. (2008*). Responsabilidad precontractual en el derecho de compraventa de las Naciones Unidas y en los principios Unidroit y Lando, incluido el derecho alemán e inglés.* Hamburgo: Peter Lang.

Salas, A. (1982). *Obligaciones, Contratos y Otros Ensayos.* Buenos Aires: Depalma.

Saleilles, R. (1895). *Estudio de la Teoría General de Obligaciones*. Paris: Libería Cotillón.

Saleilles, R. (1907). Responsabilidad Precontractual. *Revisión Trimestral de Derecho Civil, T. VI,* 697-751. París: Larose & Tenin.

San Agustín (2000). *La Ciudad de Dios* [De Civitate Dei] Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

San Martín Neira, L. (2013). Responsabilidad Precontractual Por Ruptura Injustificada De Negociaciones. *Revista Chilena de Derecho, vol. 40 Nº 1*, 315 - 322

Sánchez Lorenzo, S. A. (2011). La Europeización de las Reglas de Interpretación de los Contratos en La Propuesta de Modernización del Código Civil Español en Materia de Z Obligaciones y Contratos. *Derecho Privado europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

Santa Cruz Teijeiro, J. (1946) *Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano.* Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado.

Santos Briz, J. (1978). *Derecho Civil, T. I*. Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado.

Sassy, C. (1971). *El acuerdo preliminar en doctrina y jurisprudencia*. Milán: Dr. A. Giuffre.

Schaumburg, H. (1974). *Garantía por defectos materiales y culpa precontractual. §463 BGB y culpa in contrahendo*. Colonia: Peter Hanstein Verlag.

Schmitz, E. (1980*). Responsabilidad de terceros en caso en la contratación.* Berlín: Duncker y Humblot.

Schuetz, M. (1996). *ONU falsificación y culpa en contrahendo.* Frankfort: Peter Lang.

Schulze, R. (2009). El Acquis Communautaire y el Marco Común de Referencia Para el Derecho Contractual Europeo. En Ferrer Vanrell, M. y Martines Cañella, A. (directores), *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit Sobre Contratos Comerciales Internacionales.* Madrid: Dykinson.

Schulzke, K., Berger-Walliser, G., Marchini, P. (2013). Lexis nexus complexus: comparative contract law and international accounting collide in the IASB-FASB revenue recognition exposure draft. *Vanderbilt Journal of Transnational Law - Vol. 46 Núm. 2*, 515-580.

Scognamiglio, R. (2004). El Negocio Jurídico y la Causa. Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. *Estudios en Memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova.* Perú: Grijley.

Scognamiglio, R. (2001). El Negocio Jurídico: Aspectos Generales. *Teoría General del Negocio Jurídico.* Lima: Ara editores.

Sein, K. (2005). Daños derivados de un defecto en el objeto del contrato a Derechos legales absolutos del acreedor: Responsabilidad contractual o delictual. *Revista Jurídica Internacional, Num X.* Universidad de Tartu: Estonia.

Seong, S. (2004). *El concepto de cumplimiento indebido desde el punto de vista histórico y jurídico comparado.* Frankfort: Peter Lang.

Shell, R. (1988). Substituting Ethical Standards for Common Law Rules in Commercial Cases: An Emerging Statutory Trend. *82 Nw. U. L. Rev. 1198.*

Shwenzer, I. (2007). Buyer's Remedies in The Case of Non-Conforming Goods: Some Problems in A Core Area of the CISG. 101 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 416.

Siber (1914). Culpabilidad en Incumplimiento del Contrato. En Strohal, E. (editor) *El Comentario de Planck al Código Civil* (*Plancks Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch*) II, 1, 4.a ed. Berlín: Gutentag Verlagsbuchhandlung.

Simonsen, L. (1997). *Responsabilidad precontractual. La responsabilidad precontractual general. Responsabilidades para la realización de las licitaciones.* Oslo: Prensa de la Universidad de Oslo.

Siprut, J. (2003). The Peppercorn Reconsidered: Why A Promise to Sell Blackacre for Nominal Consideration Is Not Binding, But Should Be. *97 NWULR 1809.*

Sirena, P. (2009). *La buona fede nel diritto europeo dei contratti*. Recuperado de https://app.vlex.com/vid/buona-fede-nel-diritto-dei-contratti-71022431 [Consulta 20 de agosto de 2023]. Madrid: Dykinson.

Snyder, D. (1998). Comparative Law in Action: Promissory Estoppel, the Civil Law, and the Mixed Jurisdiction. Arizona Journal International & Comparative, *15*, 695-751.

Snyder, F. y Burge, M. (2017). *American Contract Law for a Global Age*. Minnesota: The Center for Computer Assisted Legal Instruction (CALI)

Sohm, R. (1898). *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano.* Madrid: La España Moderna.

Somarriva Undurraga, M. y Alessanori Rodriguez, A. (1961). *Curso de Derecho Civil,* basado en sus explicaciones, redactado por Antonio Vodanovic. T. I, Vol. I, 3ª edic. Santiago de Chile: Edit. Nascimento.

Sono, K. (1988). Restoration Of the Rule of Reason in Contract Formation: Has There Been Civil and Common Law Disparity? *21 Cornell Int'l L.J. 477*.

Sonnabend, W. (1984*). Los tipos de culpa in contrahendo con especial consideración del contenido de la demanda por daños y perjuicios.* Bielefeld: Dr. H. -P. Westermann.

Sousa, M. (1995). *La privatización de la empresa financiero portugués. Reglas sobre responsabilidad de reprivatización por el folleto. Culpa en contrahendo. Vicios ocultos de las sociedades reprivatizadas.* Lisboa: Alex.

Spagnolo, L. (2007). *Opening Pandora's Box: Good Faith and Precontractual Liability in the CISG. Temple International and Comparative Law Journal, 21, 2*, 261-310.

Speidel, R., Ayres, I (2003). *Studies in Contract Law*. New York: Thomson West.

Spota, A. (1980) *Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Vol. III*. Buenos Aires: Depalma.

Steinberg, W. (1930*). Responsabilidad por culpa in contrahendo*. Bonn: Ludvig Rohrsheid Verlag.

Steinberg, J. (1975). Promissory Estoppel as a Means of Defeating the Statute of Frauds. 44 Fordham L. Rev. 114.

Steininger, U. (1986). *La Responsabilidad del director general y/o el Socio Director de Culpa in Contrahendo en Caso de Dificultades Económicas para la Empresa*. Frankfort: Verlag Peter Lang.

Stocker, H. (1961). *El fundamento jurídico de la culpa in contrahendo. Un aporte al sistema y método en el derecho de las obligaciones*. Colonia: Dr. Nipperdey.

Stolfi, G. (1959). *Teoría del Negocio Jurídico.* Revista de Derecho Privado, Madrid.

Stoljar, S. (1955). The False Distinction Between Bilateral and Unilateral Contracts. *64 Yale L.J. 515.*

Street, T. A. (1906) *The Foundations of Legal Liability. A presentation of Theory and Development of the Common Law.* Long Island New York: Edward Thompson Company.

Summers, R. (1982). The General Duty of Good Faith Its Recognition and Conceptualization. *67 Cornell L. Rev. 810.*

Symeonides, S. (2015). Civilian Statutes and Judicial Discretion. *Louisiana Law Review, Vol. 76,* 1125-1140.

Tabb, M. (1987). Employee Innocence and The Privileges of Power: Reappraisal of Implied Contract Rights. *52 Mo. L. Rev. 803.*

Taboada Córdoba, L. **(**1995a). *Acto Jurídico: Propuestas de Enmienda,* en "Diez Años del Código Civil Peruano. Balances y Perspectivas", T. I, Univ. de Lima, Lima.

Taboada Córdoba, L. **(**1995b). La Teoría General del Acto Jurídico y el Concepto del Negocio Jurídico*. Revista Temas de Derecho*, Nº 2, Universidad de San Martín de Porres, Lima.

Taboada Córdoba, L. **(**1996). *La Causa del Negocio Jurídico*, Grijley, Lima.

Taylor C. (1998). No Regrets in Reading Professor Farnsworth's Contribution. *68 Geo. Wash. L. Rev. 377.*

Taylor C. (2016). Offer at Your Own Risk: Why Louisiana Employers Who Withdraw an Offer of Employment May Find Themselves Liable Under Civil Code Article 1967. Louisiana Law Review, Vol. 76., 921-957.

Teeven, K. (1996). Development Of Reform of The Preexisting Duty Rule and Its Persistent Survival. *47 Ala. L. Rev. 387*.

Teeven, K. (1997). A Casebook for All Seasons? *20 Seattle U. L. Rev. 277.*

Teeven, K. (1998). Origins And Scope of The American Moral Obligation Principle. *46 Clev. St. L. Rev. 585.*

Teeven, K. (1999). Consensual Path to Abolition of Preexisting Duty Rule. 34 Val. U. L. Rev. 43.

Teeven, K. (2002). The Advent of Recovery on Market Transactions in The Absence Of A Bargain. *American Business Law Journal, 39,* 289-347.

Teeven, K. (2004) A Legal History of Biding Gratuitous Promises at Common Law; Justifiable Reliance and Moral Obligation, *Duque Law Review 43, 1, 4*, 11-43.

Teeven, K. (2004b). Origins Of Promissory Estoppel: Justifiable Reliance and Commercial Uncertainty Before Williston's Restatement. *34 U. Mem. L. Rev. 499.*

Teeven, K. (2005). A History of Promissory Estoppel: Growth in the Face of Doctrinal Resistance. *Tennessee Law Review Association*, *72*, 111.

Tegethoff, M. (1988). Culpa in contrahendo en el derecho alemán y holandés: una comparación de la responsabilidad precontractual. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 5, No. 4., 341-369.

Thiemann, R. (1984). *Culpa in contrahendo - una contribución a la ley de daños.* Gelsenkirchen-Alemania: Mannhold.

Tomás Martínez, G. (2010). Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (Culpa in Contrahendo) en la Armonización Jurídica Europea*. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, *17, 1*, 187-210.

Tomlinson, E. (1989). Performance Obligations of the Aggrieved Contract: The French Experience. *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, *12, 1, 20*, 139-214.

Tommasi, S. (2012). *Prácticas comerciales desleales y regulación de la actividad negociadora*. Bari-Italia: Cacucci Editores.

Torres Manrique, F. (2004). Responsabilidad Precontractual. *Revista PUCP*, *T. 341, 17-38.* Lima-Perú.

Townsend, M. (1996). Cardozo's Allegheny College Opinion: A Case Study In Law As An Art. *33 Hous. L. Rev. 1103.*

Treitel, G. (2003). *The Law of Contract*. 11th edition. Londres: Thomson.

Val Ricks (2017). *The Story of Contract Law: Formation*. Second Edition. The Center for Computer Assisted Legal Instruction (CALI).

Valdés Duque, P. (1991). *La Responsabilidad Civil Derivada de los Tratos o Negociaciones Preliminares: La Culpa in Contrahendo*. Universidad Complutense de Madrid.

Recuperado el 8 de noviembre de 2023, de https://hdl.handle.net/20.500.14352/38897

Valverde Y Valverde, C. (1935). *Tratado de Derecho Civil Español. T. I*. Valladolid: Talleres Tipográficos Cuesta.

Verkerke, J.H. (2012) *Contract Doctrine, Theory & Practice. Volume One.* Minnesota: The Center for Computer - Assisted Legal Instruction (CALI).

Von Bar, C. (2008). The Launch of the Draft Common Frame of Reference. *Revista Jurídica International Núm. XIV, 1-10.* Universidad de Tartu, Estonia.

Von Ihering, Rudolf. (1861) *Culpa in contrahendo o Indemnización por Contratos Nulos o Sin Perfeccionar.* Berlín: Bad Homburg.

Von Ihering, Rudolf. (1913) *El Derecho Como Un Medio para un Fin*. Boston: The Boston Book Company.

Von Ihering, Rudolf. (1969) *Culpa en contrahendo*. Berlín: Bad Homburg.

Von Ihering, Rudolf. (1978). *El Fin en el Derecho.* Madrid: B. Rodríguez Serra.

Von Lackum, E. (1970). *Fusión y reorganización de culpa in contrahendo (Al mismo tiempo y 'incumplimiento positivo' una contribución a la enseñanza de la 'uniforme obligación de proteger la relación´').* Bonn: Friedrich Rheinische.

Von Mehren, A. T. (1959). Civil Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis. *Harvard Law Review, 72, 6,* 1009-1078.

Von Tuhr, A. (1948). *Los Hechos Jurídicos. El Negocio Jurídico. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Vol. III*, Buenos Aires: Depalma.

Von Tuhr, A. (1947). Teoría *General del Derecho Civil Alemán, Vol. II*. Buenos Aires: Depalma.

Wachsmuth, R. (2000). The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods. 20-JUL Construction Law. 31.

Warden, L. (1952). Validity and enforceability of contract in consideration of naming child. *21 A.L.R.2d 1061.*

Warkentine, E. (2000). Kingsfield Doesn't Teach My Contracts Class: Using Contracts to Teach Contracts. *50 J. Legal Educ. 112*.

Watson, G. R. (1997). A Casebook for All Seasons? *Seattle University Law Review*, *20*, 277-294.

Watson, G. R. (1997b). In The Tribunal of Conscience: Mills v. Wyman Reconsidered. *71 Tul. L. Rev. 1749.*

Watterson, S. (2008). *Carter v Boehm*. En Landmark Cases in the Law of Contract (Editores Charles Mitchesll y Paul Mitchell) Oregon: Hart Publishing.

Webster, J. (1996). A Pound of Flesh: The Oregon Supreme Court Virtually Eliminates the Duty To Perform and Enforce Contracts In Good Faith. *75 Or. L. Rev. 493.*

Welser, R. (1970). *Representación sin poderes: Al mismo tiempo, una contribución a la doctrina de la culpa en el contrato.* Viena: Editorial Manzsche.

Wennberg, K. (1966). *La teoría del loft escandinavo. La promesa unilateralmente vinculante. Su significado para la doctrina de la culpa in contrahendo.* Stuttgart: Paul JLLG.

Wessman, M. (1992). Is "Contract" The Name of The Game? Promotional Games as Test Cases for Contract Theory. *34 Ariz. L. Rev. 635.*

Wessman, M. (1993). Should We Fire the Gatekeeper? An Examination of The Doctrine of Consideration. 48 U. Miami L. Rev. 45.

Wessman, M. (1996). Retaining The Gatekeeper: Further Reflections on The Doctrine of Consideration. *29 Loy. L.A. L. Rev. 713*.

Wessman, M. (2008). Recent Defenses of Consideration: Commodification and Collaboration. *41 Ind. L. Rev. 9.*

Widmer, C. (2003). *Alcance de indemnización por contratos imperfectos. Demostrado por la falta de voluntad y la terminación de las negociaciones del contrato.* Munich: Helbing y Lichtenhahn.

Wied, D. (2009). *Problemas de la calificación procesal civil en el campo de la tensión entre contrato y responsabilidad extracontractual. Una contribución a la interpretación del derecho procesal civil nacional desde una perspectiva europea.* Regensburg-Alemania: Peter Lang.

Williston, S. (1914). Consideration in Bilateral Contracts. *Harvard Law Review, Vol. XXVII, No. 6.*

Williston, S. (1921). A Treatise on the Law of Contracts. *Michigan Law Review*, *56, 4,* 666-667.

Williston, S., Thompson, G. (1938) *Selections from Williston's Treatise on The Law of Contracts*. New York: Baker Voorhis & Co.

Windscheid (1900) *Manual del Derecho de las Pandectas* (*Lerhbuch des Pandektenrechtes).* 8a ed. Universidad de Leipzig: Frankfurt.

Winfield, P. H. (1946) *Pollock's Principles of Contract*. London: Stevens & Sons Limited.

Witthause, D. (1986). *Perturbaciones en la relación de la deuda. Imposibilidad, Incumplimiento del acreedor, Incumplimiento positivo del contrato, Culpa in contrahendo, Responsabilidad del vendedor por defectos materiales.* Bochum-Alemania: Dr. N. Brockmeyer.

Wulff, E. (2007). Franchise Regulation in China: Law, Regulations, And Guidelines. *27-SUM Franchise L.J. 57.*

Whittier, C. (1930). The Restatement of Contracts and Consideration. *18 Cal. L. Rev. 611*

Yelmen, T. (2015) Agencia sin autorización. *Inonu University Faculty of Law Journal Special Issue Volume:1 Year 2015*, 429-448.

Yildirim, M. (2002). *Por la formación del acuerdo según la ley de las obligaciones.* Ankara: Nobel.

Yorio, E. & Thel, S. (1991). The Promissory Basis of Section 90. *Yale Law Journal*, *101*, 111-167.

Zaccaria, A. (2014). La resistible ascensión del "contacto social". *Revista IUS ET VERITAS, N° 48, Julio 2014,* 54-84.

Zamir, E. (1991). Toward A General Concept of Conformity in The Performance of Contracts. *52 La. L. Rev. 1.*

Zucker, J. (2006). Uninformed, Misinformed, Or Disinformed When "Movin' Out"?: Circuit Court Splits On Employer Fiduciary Duties Of Disclosure. *14 Elder L.J. 167.*

Zuloaga, I. (2019). *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective*. Cambridge: University Press.

Jurisprudencia

1. EE.UU.

Abry P'rs V, L.P. v. F & W Acq. LLC, 891 A.2d 1032 (Del. Ch. 2006).

Agrofresh Inc. v. Mirtech, Inc., 257 F. Supp. 3d 643 (D. Del. 2017)

Allegheny Coll. v. Nat'l Chautauqua Country Bank of Jamestown, 159 N.E. 173, 175, 176, 246 N.Y. 369 (1927).

Amalgamated Investment and Property Co Ltd (In Liq) v. Texas Commerce International Bank Ltd. QB 84. (1982).

Anderson Const. Co. Inc. V Lyon Metal Prod., 370 So. 3d 935 (1975).

Andrew v. Boughey, fol. 76a, Dyer, pl. 28 (1552).

Arbogast v. Mylius, 46 S.E. 809, 55 W. Va. 101 (1904).

Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp., 884 F.2d 69 (2d Cir. 1989).

Baehr v. Penn-O-Tex Oil Corp., 258 Minn. 533, 104 N.W.2d 661. (1960).

Bentley v. Morse, 14 Johns. (N.Y.) 468 (1817).

Bigelow v. Bigelow, 95 Me. 17, 49. A. 49 (1901).

Bouton v. Byers, 50 Kan. App. 2d 35 (2014).

Boxwell v. Departamento de Carreteras, 203 La. 760, 14 So. 2d 627 (1943).

Burst v. Adolph Coors Co., 503 F. Supp 19 (E.D. Mo. 1980).

Blaess v. Nichols & Shepard Co., 88 N.W. 829, 115 Iowa 373 (1902).

Blakeslee v. Bd. of Water Com'rs of City of Hartford, 139 A. 106, 112, Conn. (1927).

Brassil v. Maryland Casualty Co., 210 N.Y.235 (1914).

Brewer v. Universal Credit Co., 191 Miss. 183, 192 So. 902 (1940).

Bright v. Bright, 41 Ill. 97 (1866).

Brikon Inv. Ltd. v. Carr, Q.B. 467, 486 (1979).

Browning v. Johnson, 70 Wash.2d 145, 422 P.2d 314 (1967).

Bush v. Canfield, 2 Conn. 485 (1818).

CG Camptbell & Son, Inc. V. Comdeq, Corp., 586 S.W. 2d 40 (1979).

Centro Empresarial Cempresa S.A. v. América Móvil, S.A.B. de C.V., 17 N.Y.3d 269, 276 (2011)

City of Warrensburg v. RCA Corp., 571 F. Supp. 743 (W.D. Mo. 1983)

Colón v. Glamorous Nails & Boutique, Inc., 166 DPR, Número del Caso: CC-2004-275. (2004).

Coleman v. Bossier City, 305 So. 2d 444 (1974).

Comunale v. Traders & General Insurance Co., 328, p 2d198 (1958).

Commonwealth v. Scituate Savings Bank, 137 Mass. 301, 302 (1884).

Conrad v. Fields, No. A06-1387 (Minn. Ct. App. July 24, 2007).

Cosgrove v. Bartolotta, 150 F.3d 729 (7th Cir. 1998).

Coulter v. Howard, 262 P. 751, Cal. (1927).

Currie v Misa, LR 10 Ex 153, 162. (1875).

Curry v. Boeckeler, 27 S.W.2d, 473, 475, Mo. (1930).

Cobb v. Pa. Life Ins. Co., 715 S.E.2d 541 (N.C. Ct. App. 2011).

Chandelor v. Lopus, Cro. Jac. 4, 79 E.R. 3 (1603).

Chrysler Corp. v. Quimby, 51 Del. 264, 144 A.2d 885, 144 A.2d 123, Del (1958).

Clausen & Sons, Inc. v. Theo. Hamm Brewing Co., 395 F.2d 388, 8th Cir. (1968).

Clark v. Glidden, 15 A. 358, 60 Vt. 702 (1888).

Crabb v. Arun District Council, Ch 179 Court of Appeal. (1976).

Croslin v. Enerlex, Inc., 308 P.3d 1041 (Okla. 2013).

Davilla v Jones, 418 So. 2d 724, La. Ct. App. (1982).

Davies v. Rhondda Dist. Urban Council, 87, L.J.K.B. 66 (1917).

De Cicco v. Schweizer, 221 N.Y. 431 (N.Y. 1917).

Devecmon v. Shaw. Court of Appeals of Maryland, 1888. 69 Md. 199, 14 A. 464, 9 Am.St.Rep. 422.

Dillwyn v. Llewellyn, 45 Eng. Rep. 1285, 1286. (1862).

Dovenmuehle, Inc. v. K-Way Assoc., 388 F.2d 940, 947, 7th Cir. (1968).

Ducote v. Oden, 59 So. 2d 130, LA (1952).

Drake v. Bell, 26 Misc. 237, 55 N.Y.S. 945 (1899).

Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal.2d 409 (Cal. 1958).

Edwards v. K B, Inc., 641 So. 2d 1040 (La. Ct. App. 1994).

Engineering Associates, Inc. v Pankow, 268 NC 137, 150 SE2d 56. (1966).

Enzinna v. D'Youville College, 34 Misc 3d 1223(A) [Sup. Ct., Erie Cty, 2010], affd 84 AD3d 1744 [4th Dept. 2011].

Evenden v Guildford City Association Football Club Ltd., QB 917 (1975).

East Providence Credit Union v. Geremia, 103 R.I. 597, 239 A.2d 725 (1968).

Eastwood v. Kenyon, 11 Ad. & El. 438, 113 Eng. Rep. 482 (1840).

Estate of Gerke, 271 Wis. 297, 73 N.W.2d 506 (1955).

Falck Props., LLC v. Walnut Capital Real Estate Servs., Inc. (In re Brownsville Prop. Corp., Inc.), No. 10-21959-TPA (Bankr. W.D. Pa. Aug. 1, 2013)

Feinberg v. Pfeiffer Company, 322 S.W.2d 163 (Mo. Ct. App. 1959).

Foakes v. Beer, 9 App. Cas. 605, H.L. (1884).

Franklin v. Hafftka, 2014 N.Y. Slip Op. 33751 (N.Y. Sup. Ct. 2014).

Freeman v. Freeman, (43 N.Y. 34, 3 Am.Rep. 657, 1870).

Frye v. Hubbell, 68 A. 325, 74 N.H. 358 (1907).

Fried v. Fisher, 196 A. 39, 328 Pa. 497 (1938).

Garcia v. Von Micsky, 602 F. 2d 51, 2d Cir. (1979).

Goebel v. Linn, 11 N.W. 284, 286, 47 Mich. 489 (1882).

Goines v. Cash America, Inc. of Louisiana, 351 So. 3d 714 (La. Ct. App. 2022).

Goodman v Dicker, 169 F.2d 684, D.C. Cir. (1948).

Green v. Helmcamp Ins. Agency, 499 S.W. 2d 730, Tex Civ. App. (1973).

Greiner v. Greiner, 131 Kan. 760 (1930).

Grimshaw v. Belcher, 26 P. 84, 88 Cal. 217 (1891).

Grouse v Group Health Plan, Inc., 306 N.W. 2d 114, Minn. (1981).

Greenstein v Flatley, 474 N.E. 2d 1130, Mass. App. Ct. (1985).

Gulf Coast Hospice LLC v. LHC Grp. Inc., 273 So. 3d 721 (Miss. 2019).

Hadley v. Baxendale, 9 Exch. 341, 156 eng. Rp. 145 (1854).

Hamer v. Sidway, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (1891).

Hamersley v. De Biel, 12 Cl & F. (1845).

Haute Brewing Co. v. Dugan, 102 F.2d 425, 8th Cir. (1939).

Hawkes v. Saunders, 1 Cowp. 289, 290, 98 Eng. Rep. 1091 (1782).

Hayes v. Plantations Steel Co., 438 A.2d 1091, R.I. (1982).

Hessler, Inc. v. Farrell, 226 A.2d 708 (1967).

Hetchler v. Am. Life Ins. Co., 254 N.W. 221, 223, 266 Mich. 608 (1934).

Heyling v. Hastings (también conocido como Hyleing v. Hastings), 1 Ld. Raym. 389, 421, 91 Eng. Rep. 1157, 1179 (1699).

Hople v. Wal-Mart Stores, 219 F.3d 823 (8th Cir. 2000).

Hughes v. Metropolitan Railway Co., LR 2 App Cas 439 House of Lords. (1876-77).

Hoffman v. Red Owl Store, Inc., 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965).

Hudson v. Cobbs, 118 Idaho 474 (Idaho 1990).

In re Hatten's Estate, 288 N.W. 278, 233 Wis. 199 (1939).

In re DeBaggis, 247 B.R. 383 (Bankr. D.N.J. 1999)

In re Russell, 203 BR 303 (Bankr. SD Cal. 1996)

James Baird Co. V. Gimbel Bros, Inc., 22 Ill. 64 F. 2d 344, 2d Cir. (1933).

James C. Greene Co. v Kelley. 261 NC 166, 134 SE2d 166.

Jamestown Terminal Elevator, Inc. v. Archie Hieb, 246 N.W. 2d. 736, N.D. (1976).

Janke Constr. Co. v. Vulcan Maters. Co., 386 F.Supp. 687, W.D. Wis. (1974).

Jordan v. Knafel, 378 Ill. 3d 219 (Ill. App. Ct. 2007).

Jorden v. Money, 5 H.L.C. 185 (1854).

Katz v. Danny Dare, Inc., 610 S.W. 3d, 121, Missouri Court of Appeals, Western District (1989).

Kethley v. Draughon Business College, Inc. 535 So. 2d 502, La. Ct. App. (1988).

Killian v. McCulloch, 850 F. Supp. 1239 (E.D. Pa. 1994)

King v. Duluth Ry. Co., 61 Minn. 482, 63 N.W. 1105, 1107 (1895).

Kirke La Shelle Co. V Paul Armnstrong Co., 263 NY 79 (1933).

Kirksey v. Kirksey. Supreme Court of Alabama, 1845. 8 Ala. 131.

Klinke v. Famous Fried Chicken, 94 Wn. 2d 255, 616 P. 2d 644. (1980).

Laidlaw v. Organ, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817).

Lamb v. Alan B. Styles & Alan B. Styles Land Surveying, PLLC, 263 N.C. App. 633 (N.C. Ct. App. 2019)

Larahee v. Booth, 463 N.E. 2d 487, Ind. Ct. App. (1984).

Lerner v. DMB Realty, LLC, 234 Ariz. 397 (Ariz. Ct. App. 2014).

Le Blond v. Wolfe, Civ. No. 15920. Second Dist., Div. Three Jan. 16, (1948).

Libby-Broadway Drive-In, Inc. V. McDonald's Sys, Inc., 72 Ill. App. 3d 806, 391 N.E. 2d. 1, (1979).

Lingenfelder v. Wainwright Brewery Co., 15 S.W. 844 Mo. (1891).

Low v. Bouverie, CA 1891

Mail-Well Envelope Co. v Saley, 497 P2d 364, Or. (1972).

Marquette v. Housing Authority of Opelousas, 137 So. 2d 374, La. App. 3d Cir. (1962).

Martin v. Meles, 179 Mass. 114 (Mass. 1901).

Maughs v. Porter, 157 Va. 415, 161 S.E. 242, Sup. Ct. App. (1931).

Maxwell v. Graves, 13 N.W. 758, 59 Iowa. 613 (1882).

McCleod v. Nel-Co Corp., 350 Ill. App. 216 (Ill. App. Ct. 1953).

Mazer v. Jackson Ins. Agency, 340 So. 2d 770 (1976).

Meech v. City of Buffalo, 29 N.Y. 198, 210, N.Y. (1864).

Meek v. Wal-Mart Stores, Inc., 72 Conn. App. 467 (Conn. App. Ct. 2002).

Meredith v. John Deere Plow Co., 261 F.2d 121, 124, 8th Cir. (1958).

Mers v. Dispatch Printing Co., 529 N.E.2d 958, Ohio Ct. App. (1988).

Messiah Home for Children in City of New York v. Rogers, (212 N.Y. 315, 106 N.E. 59, 1914).

Mills v. Wyman, 20 Mass (3 Pick.) 207 (1825).

Miller v. Western Coll. of Toledo, 52 N.E. 432, 436 Ohio. (1898).

Monarco v. Lo Greco, 220 P.2d 737, 35 Cal. 2d 621 (Cal. 1950).

Moses v. Macferlan, 2 Burr. 1005, 97 Eng. Rep. 676 (1760).

Muir v. Kane, 104 P. 153, 55 Wash. 131 (1909).

McClatchy Newspapers, Inc. v. Superior Court, 163 Cal.App.3d 214, Civ. F004569. (1987).

Nash v. Towne, 72 U.S. 689 (1866).

Navigant Consulting v. Wilkinson, 508 F.3d 277 (5th Cir.2007).

Neale v. Neales, (76 U.S. (9 Wall.) 1, 19 17, Ed. 590, 1869).

N. Litterio & Company, Inc., v. Glassman Construction Company, Inc., 319 F. 2d 736 (D.C. Cir (1963).

Neiss v. Kenneth Ehlers and Jill Ehlers, 899 P. 2d 700, Or. Ct. App. (1995).

Northwestern Engineering Co. v. Ellerman, 69 S.D. 397, 408, 10 N.W.2d 879, 884 (1943).

Oates v. Teamsters Affiliates Pension, 482 F. Supp. 481, D.D.C. (1979).

Obde v. Schlemeyer, 56 Wash. 2d 449, 353 P. 2d 672 (1960).

Old American Life Ins. Co. v. Biggers, 172 F. 2d. 495, 10th Cir. (1949).

Outlook Windows Partnership v. York International Corp., 112 F. Supp. 2d 877 (D. Nebraska 2000).

Park Falls State Bank v. Fordyce, 238 N.W. 516, 206 Wis. 628 (1931).

Pavel Enterprises v. A. S. Johnson Company, 342 Md. 143, 674 A.2d 521 (1996).

Peoples National Bank v. Linebarger Construction Co., 9 Ark. 11, 240 S.W.2d 12 (1951).

Pickard v Sears, [1837] EngR 195, (1837) 6 Ad and E 469, 112 ER 179. (1837)

Pugh v. Town of Logansport, 235 So. 2d 226, La.App.2d Cir. (1970).

Property Co Ltd (in Liq) v Texas Commerce International Bank Ltd: CA 1982 QB 84. (1982).

Prudential Insurance Co. Of America v. Clark, 456 F.2d 932 (1972).

Raymond A. OATES, Plaintiff, v. The Teamster Affiliates Pension Plan et al., Defendants. Civ. A. No. 78-2399. United States District Court, District of Columbia, 482 F. Supp. 481 (1979).

Remilong v. Crolla, 576 P.2d 461, Wyo. (1978).

Rempel v. Nationwide Life Ins. Co., 471 Pa. 404, 370 A.2d 366 (Pa. 1977).

Ricketts v. Scothorn, 77 N.W. 365, 57 Neb. 51 (Neb. 1898).

Rye v. Phillips, 282 N.W. 459, 460, 203 Minn. 567 (1938).

Robert Gordon, Inc. v. Ingersoll-Rand Co., 117 F.2d 654, 661, 7th Cir. (1941).

Rosenberg v. PHL Variable Ins. Co., Civil Action 21-2673-KSM (E.D. Pa. Jan. 5, 2023)

R.S. Bennett & Co. v. Econ. Mech. Ind., 606 F.2d 182, 188, 7th Cir. (1979).

S Development Co. V. Pima Capital Management Co., 201 Ariz. 10 (Ariz. Ct. App.).

Salsbury v. Northwestern Bell Tel. Co., 221 N.W.2d 609, Iowa. (1974).

Sanders v. United Distributors, Inc., 405 So. 2d 536, La. Ct. App. (1981).

SE Prop. Holdings v. Stewart (In re Stewart), No. 15-12215-JDL (Bankr. WD Okla. 3 de agosto de 2022)

Sears v. Gregory, 146 SW3d 610 (Tenn. Ct. App. 2004).

Security Stove v. American Ry. Express, Missouri Court of Appeals (1932).

Servidone Construction Corp. v. United States, 19 Cl. Ct. 346 (1990), aff'd, 931 F.2d 860 (Fed. Cir.) (1991).

Seymour v. Oelrichs, 106 P. 88, 156 Cal. 782 (1909).

Signal Hill Aviation Co. V. Stroppe, Civ. No. 53239, Second. Dist. Div. Four, Sept. 4, (1979).

Schlaifer Nance & Co. v. Estate of Warhol, 119 F.3d 91, 98 (2d Cir.1997).

Scheersschmidt v. Smith, 77 N.W. 34, 74 Minn. 224 (1898).

Seavey v. Drake, (62 N.H. 393, 1882).

Simmons v. Sowela Technical Institute, 470 So. 2d 913, La. Ct. App. (1985).

Sheehan v. Commercial Travelers, 186 N.E. 627, 630, Mass. (1933).

Smith v. Town of Vinton, 216 La. 9, 43 So. 2d 18 (1949)

Smith v. Keith & Perry Coal Co., 36 Mo. App. 567, 579-80, Mo. (1889).

Snyder v. Champion RITY Corp., 631 F. 2d 1253, 5th Cir. (1980).

Snyder v. Lovercheck, 992 P.2d 1079 (Wyo. 1999)

Sons of Thunder Inc. V. Borden, Inc., 285 N.J. Super. 27 (1995).

Southwest Water Services, Inc. v. Cope, 531 S.W.2d 873, Tex. Civ. App. (1976).

Spears v. Com Link, Inc., 837 N.W.2d 680 (Iowa Ct. App. 2013).

Spooner's Adm'r v. Hilbish's Ex'r, 23 S.E. 751, 753 (Va. 1895).

State v. Bentley, 41 N.W. 338 WIS (1889).

Stees v. Leonard, 20 Minn. 494 (1874).

Stepherson v. Wal-Mart, 785 So. 2d 950 (La. Ct. App. 2001).

Sung v. Hamilton, 710 F. Supp. 2d 1036 (D. Haw. 2010).

Superior Tech. Resources, Inc. v. Lawson Software, Inc., 17 Misc.3d 1137(A) [Sup. Ct., Erie Cty, 2007]).

Swift v. Peterson, 37 N.W. 2d 258, 259, 240 Iowa. 715, 719 (1949).

Tanenbaum v. Biscayne Osteopathic Hospital, Inc. 190 So. 2d 777 (1966).

Texarkana Construction Co. V. Alpine Construction Specialities, Inc. 489 S. W. 2d 941. (1973).

Tiffany Incorporated v. MVK Transti Mix., Inc., 493 P.2d 1220, Ariz. Ct. App. (1972).

Tomerlin v. Canadian Indemnity Co., S.F. Nor. 21371, in Bank, Aug. 13, (1964).

Underhill v Schenck, 238 N.Y. 7 (N.Y. 1924.)

United Steel Workers, Local 1330 v. United States Steel Corp, 631 F.2d 1264, 6th Cir. (1980).

United Elec. Corp. V. All Serv. Elec. Inc., 256 N.W. 2d 92 (1977).

Vastoler v. American Can Co., 700 F.2d 916 (3d Cir. 1983).

Vermont Seymour v. Town of Marlboro, 40 Vt. 171 (1868).

Vikse v. Flaby, 316 NW2d 276 (Minnesota, 1982)

Wachovia Bank v. Rubish, 306 N.C. 417, 293 S.E.2d 749 (1982).

Wal-Mart Stores Tex., LLC v. Bishop, 553 S.W.3d 648 (Tex. App. 2018).

Watkins v. Carrig, 91 N.H. 459, 21 A.2d 591, 593 (1941).

Wilkinson v. Shoney's, Inc., 269 Kan. 194 (Kan. 2000)

Wilson v. Mecanico Orguinnette Co., 170 N.Y. 542 (1902).

Wisconsin & Michigan Railway v. Powers, 191 U.S. 379 (1903).

Witter v. Torbett, 604 F. Supp. 298 (WD Virginia 1984).

Worth Chemical Corp. v Freeman, 261 NC 780, 136 SE2d 118. (1964).

Wright v. Brooke Group Ltd., 652 NW2d 159 (Iowa 2002)

Young v. Boyd, 107 Md. 449, 69 A.33 (1908).

2. España

STS 16-05-1998 (RJ 3673/1988).

STS 31-10-2001 (RJ 8493/2001).

STS 30-01-2008 (RJ 222/2008).

STS 11-02-2016 (RJ 502/2016).

STS 15-06-2009 (RJ 3620/2009).

STS 25-06-2014 (STS 3845/2014).

STS 26-02-1994 (RJ 14945/1994).

STS 05-04-199 (RJ 2310/1999).

STS 15-10-2011 (6635/2011).

STS 23-12-2021 (4948/2021).

3. Alemania

Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

Sentencia IVa ZR 111/81.

Sentencia III ZR 224/06.

Sentencia IIIZR 295/04.

Sentencia XI ZB 3/16.

Sentencia XI ZR 205/05.

Sentencia IX ZR 5/06.

Sentencia V ZR 264/05.

Sentencia XII ZR 21/02.

Sentencia X ZR 19/02.

Sentencia VIII ZR 38/09.

4. Inglaterra

Ajayi v rt Briscoe. 1 wlr 1326. (1964).

Central London Property Trust Ltd. V. High Trees House Ltd., KB 130 (1947).

Central London Property v High Trees, [1947] KB 130; [1956] 1 All ER 256; 62 TLR 557; (1947).

Combe v. Combe, 2 KB 215. [1951].

Foakes v. Beer, 9 App. Cas. 605 (1884).

Harris v. Watson, Peak. Cas. 72. (1816).

Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd [1964] AC 465.

Losh v. Williamson, 7 T.R. 351, 101 Eng. Rep. 1015. (1775)

Paradine v. Jane, 26, 82 Eng. Rep. 897, K.B. (1647).

Pillans v. Van Mierop, 3 Burr. 1663, 97 Eng. Rep. 1035, K.B. (1765).

Pinnel's Case, 5 Co. Rep. 117a, 77 Eng. Rep. 237 (1602).

Pryor v. Cain, 25 Ill. 292 (1861).

Raffles v. Wichelhaus, 2 H & C, 906, 159. Eng. Rep. 375, Ct. of Exchequer (1864).

Ramsden v Dyson: HL 11 May (1866).

Rann v. Hughes, 4 Brown 27, 31, 2 Eng. Rep. 18, 21 (1778).

Shadwell v. Shadwell, 30 L.J.C.P. 145 (1860).

Stilk v. Myrick, Court of Common pleas, 2 Camp. 317 (1809).

Sinclair v. Brougham, A.C. 398 (Lord Summer). (1914).

Thayer v. Meeker, 86 Ill. 470 (1877).

Wadsworth v. Thompson, 8 Ill. 423 (1846).

Weston v. Downes, 1 Doug. 23, 24, 99 Eng. Rep. 19 (1778).

Williams v. Roffey, 1 All E.R. 512, 527 (1990).

5. Noruega

Kina Hansen, Rt 1998 p 761 (Noruega.)

6. Lituania

UAB "Vingio kino teatras" v. UAB "Eika. 3K-3-38, Supreme Court of Lithuania. (Lithuania, 2005). [En línea]. Disponible en https://www.unilex.info/principles/case/1181. [Consulta: 26 de febrero, 2023].

7. China

Shaanxi Xianyang Nebula Machinery Ltd. v. Rainbow Electronics Group Inc. MinErZhongZi 8, Supreme People's Court. (China 2008). (En línea). Disponible en https://www.unilex.info/principles/case/1740. [Consulta 26 de febrero, 2023].

8. Francia

Tribunal de Casación, *Depagne contra Asociación Argonne-Association*, Caso No. 78-15.230, 1978.
Tribunal de Casaciones, *Air Littoral contra SairGroup*, RG No. 02/03547, 2002.
Tribunal de Casaciones de Francia, *Crama du Nord Est contra Axa Belgium, B-Hygienic Bvba*, Sentencia RG No. 21/00554, 2020.
Tribunal de Casaciones, Sala Comercial, Caso No. 76-13.587, 1979.

9. Italia

Cass. civ. Sez. I, Sent., 12-07-2016, n. 14188 *(en adelante "Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa" o caso "Italia Service")*
Cass. 11-03-2015, No. **25371 (en adelante "***Fondedile Costruzioni S.R.L. En Liquidación v. Ministerio de Infraestructura y Transporte" o "caso Fondedile")*

10. Australia

Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher. 164 CLR 387 (1988).

11. Perú

Casación Nro. 4407-2015 de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Recuperado de https://lpderecho.pe/casacion-4407-2015-piura-si-se-demando-por-inejecucion-de-obligaciones-no-se-pueden-aplicar-normas-de-la-responsabilidad-extracontractual/. [Consulta realizada el 23 de Agosto de 2023]

Laudos Arbitrales

ICC International Court of Arbitration, París 8540, del 09 de abril de 1996 [en línea]. Disponible en https://www.unilex.info/principles/case/644 [Consulta: 24 de febrero de 2023].

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tacconi v. HWS, C-334/00, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2002/C 274/18. (2002).

Estatutos y Códigos

Anteproyecto Del Código Mercantil Español, Ministerio de Justicia. [ACM]. 30 Mayo del 2014 (España).

California Civil Code [CCC]. 1872. (EE.UU.).

Código Civil Alemán [BGB], 2 de enero de 2002. (Alemania).

Código Civil Alemán [BGB], 1900. (Alemania).

Código Civil General de Austria [ABGB]. Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

Código Civil Argentino [CCA], promulgado el 25 de septiembre de 1869. (Argentina)

Código Civil de Brasil [CCBra], art. 422, 1ro de enero 2002 (Brasil).

Código Civil Boliviano [CCB], Aprobado por DL 12760 de 06/08/1975. (Bolivia).

CC de Cataluña [CCC], Ley 29/2002, 30 diciembre 2002. (Cataluña).

Código Civil de Chile [CCCh], 14 de diciembre de 1855 (Chile).

Código Civil español [CCE], aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

Código de Comercio español [CCoE], Aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885. (España).

Código Civil Francés [CCF], 2016. (Francia).

Código de Procedimiento Civil Francés [CPF]. 2007 (Francia).

Código Civil de la Federación Rusa [CCFR]. N 51-FZ, 1993, rescatado de https://stgkrf.ru (consulta 11 de septiembre de 2023) (Federación Rusa).

Código Civil Griego [CCG]. 11 de junio 1975. (Grecia).

Código Civil italiano [CCI]. 16 de marzo 1942 (Italia).

Código Civil de Luisiana [CCL]. Promulgado el 31 de marzo de 1808, con enmiendas del año 2022 (Luisiana).

Código Civil de Lituania [CCL], art. 6.163. 23 de diciembre 2010 (Lituania).

Código Civil de Perú [CCPe], art. 1362. 24 de julio de 1984 (Perú).

Código Civil de Países Bajos [CCPB], 1ro de enero de 1992. (Países Bajos).

Código Civil de Paraguay [CCPa], art. 689. 1985 (Paraguay).

Código Civil de Portugal [CCP], promulgado el 1ro de junio de 1967, con enmiendas del año 1962. (Portugal).

Código Civil De Puerto Rico [CCPR], edición 1930 (Puerto Rico).

Código Civil de Rumania [CCRum], 1 de octubre de 2011. (Rumania).

Código Civil Suizo [AGB]. Adoptado el 10 de diciembre de 1907, en efecto desde el 1ro de enero de 1912. (Suiza).

Código Civil de Turquía [CCT]. Enero 1, 1927. (Turquía).

Código Civil de Venezuela. [CCV]. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 32.858, del 26 de julio de 1982 (Venezuela).

Código de Procedimiento Civil de Venezuela [CPCVE]. G. O. (4209E) 18/9/1990 (Venezuela).

Código de Obligaciones de Turquía [COT]. Enero 4, 2011. (Turquía).

Código de Comercio de Colombia, Decreto 410, 1971 (Colombia).

Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).

Código de Bienes Raíces de Finlandia (Maakaari). Nro. 540, 1995. 1998 (Finlandia).

Código Suizo de Obligaciones. [OR]. 1912. (Suiza).

Código Uniforme de Comercio [UCC], 1952 (EE.UU.).

Convención De Las Naciones Unidas Sobre La Venta Internacional De Bienes, Convención De Viena [CISG)] 1980.

Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V), del 17 de marzo de 1994

Convención De Bruselas, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, 98/C 27/01. 27 de Setiembre de 1968.

Directiva 93/13/CEE, del 5 de abril de 1993.

Directiva 85/577/EEC del Consejo de la Unión Europea, 20 de diciembre 1985.

Emperador Justiniano. (530). *Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido por S. P. Scott. Recuperado el 13 de junio de 2023, de https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm.

Ga. Code Ann. § 20-303 (1960)

Ga. Code Ann. § 20-303 (1960)

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [LCU], 10 de julio de 1984 (España).

Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación de Panamá, del 10 de Julio de 1999. (Panamá).

Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela [LAC]. (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 39.330, del 21 de diciembre de 2009 (Venezuela).

Ley de Contratos de Dinamarca [LCD]. Art. 25. 8 de Setiembre de 1986. (Dinamarca).

Ley de Contratos de la República Popular China. [LCC]. Art. 42. marzo 15, 1999. (China).

Ley de Contratos de Finlandia (Oikeustoimilaki) Nro. 228. 1929 (Finlandia).

Ley de Daños de Finlandia [LDF] Nro. 412 de 1974 (Finlandia).

Ley de Misrepresentation de 1967. (United Kingdom.)

Ley 24240 de Defensa del Consumidor de Argentina (L. 24240) sancionada el 22 de septiembre de 1993 y promulgada el 15 de octubre de 1993. (Argentina).

Ley Nacional de Relaciones Laborales [NLRA]. 1935. (EE.UU.).

Ley de Obligaciones de Estonia [LOA]. Art. 1043. 7 de enero 2002 (Estonia).

Ley de Responsabilidad Civil de Irlanda [LRC]. Nro. 41 de 1961. (Irlanda).

Ley de Términos Contractuales Injustos (Unfair Contract Terms Act 1977). (Reino Unido).

Ley 17.711 de reforma del Código Civil de Argentina (L. 17.711), 22 de abril de 1968.

La. Stat. tit. 9 § 2800.6, Sección 9:2800.6.

Marco Común de Referencia Europeo. [MCRE]. 2009.

N.Y. General Obligations Law § 5-1105 (1970)

Oklahoma Statute Annotate. Title. 15, § 107 (1940).

Primer Restatement of the Law of Contracts [ROC]. 1932. (EE.UU.).

Principios de Derecho Contractual Europeo de la *Comisión de derecho contractual europeo* (PDCE). 1999.

Principios de Contratos Comerciales Internacionales. [UNIDROIT]. 2004.

Principios del Derecho Contractual Comunitario [ACQP]. 2003.

Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Derecho Privado Europeo. [CEC]. 1 de junio de 2009.

Proyecto de Código Civil Europeo (2001), Academia de Derecho Privado Europeo., Madrid: Revista general de legislación y jurisprudencia de Madrid.

Real Academia Española (2014). Diccionario de la Lengua Española (23ª ed.). Madrid, España: Espasa.

Reglamento No 593/2008 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [Roma I] §4.1. 17 de junio de 2008

Regulación Roma II del Parlamento Europeo y el Consejo del 11 de Julio del 2007.

Reglamento (CE) núm 864/2007 §4.1. 31 de Julio de 2007.

Restatement on Restitution [ROR], 1937. (EE.UU.)

Segundo Restatement de Agencias [SRA]. 1957. (EE.UU.).

Second Restatement of Contracts [SRC]. 1981. (EE.UU.)

Second Restatement of Torts [SRT]. 1965-1979. (EE.UU.)

Unfair Contract Terms Act. [UCTA]. 1977 (United Kingdom). Rescatado de Unfair Contract Terms Act 1977 (legislation.gov.uk), consulta 26 de agosto de 2023

Leyes de Protección al Consumidor en los EE.UU.

Consumer Credit Protection Act of 1968, CCPA (Estados Unidos).

Consumer Data Protection Act of 2023 (Estados Unidos).

Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act of Illinois of 1961 (Illinois).

Consumer Product Safety Act of 1972, CPSA (Estados Unidos).

Consumer Protection Act of 2010 (Estados Unidos).
Consumer Protection Act of Tennessee of 1977 (Tennessee).
Equal Credit Opportunity Act (ECOA), 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974) (Estados Unidos).
Fair Credit Reporting Act of 1970, FCRA (Estados Unidos).
Fair Debt Collection Practices Act of 1977, FDCPA (Estados Unidos).
Federal Odometer Act of 1972 (Estados Unidos).
Federal Trade Commission Act, FTC Act of 1914 (Estados Unidos).
Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938 (Estados Unidos).
Home Ownership and Equity Protection Act HOEPA of 1994 (Estados Unidos).
Interstate Land Sales Full Disclosure Act of 1968 (Estados Unidos).
Magnuson-Moss Warranty Act of 1975 (Estados Unidos).
Patient Protection and Affordable Care Act of 2010, ACA (Estados Unidos).
Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.).
Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.).
Uniform Voidable Transactions Act of 1984 (Estados Unidos).
Unfair and Deceptive Trade Practices Act of New York (Nueva York, 1970).
Unfair and Deceptive Trade Practices Act of North Carolina 1973 (Carolina del Norte).
Uniform Voidable Transactions Act (2014, UVTA) (Estados Unidos).

Acuerdos en Línea

Acuerdo entre el Departamento de Justicia de los EE.UU. con el Banco Deutsche Bank, del 17 de enero de 2017, donde el banco pagará 7.2 billones de dólares a los inversionistas estafados por el banco en la venta de acciones de hipotecas. [En línea]. Disponible en https://www.justice.gov/opa/pr/deutsche-bank-agrees-pay-72-billion-misleading-investors-its-sale-residential-mortgage-backed. [Consulta: 23 de febrero de 2023].