

CAPÍTULO I

BUENA FE Y CONFIANZA

Sumario I. Del antiguo nemo potest venire contra factum proprium al actual principio de apariencia. 1. Custodia y apariencia culposa: hacia una aplicación general del principio de la no contradicción. II. Del principio a la regla: la buena fe como presupuesto de la confianza legítima. 1. Los arts. 1337 y 1338 del C.C. italiano, paradigma de una obligación de buena fe para lax tutela de la confianza legítima. 2. Buena fe, responsabilidad precontractual y tutela de la confianza en Francia. 3. Estoppel y tutela de la confianza en el common law. 4. Más allá de la responsabilidad precontractual: las posibles aplicaciones de la cláusula general de buena fe en la tutela de la confianza. 5. El problema de la reparación de los daños

POR CRISTINA AMATO (ITALIA)

INTRODUCCIÓN

Es cierto que el principio de la tutela de la confianza ha vuelto recientemente a ser centro de atención de los abogados y la jurisprudencia; y no solo en Italia. Y es igualmente innegable que este principio sufre de una vaguedad inherente, que se deriva del hecho de que se trata esencialmente de un principio interpretativo, con valor organizador.

Sin embargo, volviendo a los orígenes históricos de la institución, y a la luz de las modernas instancias de protección planteadas por la nueva “sociedad de la información”, surge una capacidad aplicativa mucho más amplia del principio en cuestión, capaz de llevarlo fuera de sus límites interpretativos y proyectarlo al terreno más concreto de las normas.

La ruta propuesta en las páginas siguientes se inicia con una breve explicación de los principios de los cuales se genera la tutela de la confianza legítima, o sea el principio de apariencia y de no contradicción (I). Habiendo determinado el alcance generalizado del principio de apariencia culposa, la tesis que se sostiene en el presente escrito es que la tutela de la confianza está en capacidad de convertirse en fuente autónoma de obligaciones indemnizatorias, de conformidad con las reglas de buena fe establecidas en materia de responsabilidad precontractual, pero también en capacidad de ascender a paradigma autónomo de responsabilidad, incluso por fuera del modelo de las negociaciones y de la formación del contrato (II).

I. DEL ANTIGUO NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM AL ACTUAL PRINCIPIO DE APARIENCIA.

Confianza y apariencia pura.

La confianza legítima es un efecto jurídico de la apariencia. Las situaciones de apariencia que prevalecen excepcionalmente sobre la verdad encuentran su

fuente en el derecho común a la tradición jurídica occidental, es decir, al Derecho romano, el cual resumió esta posibilidad en la conocida máxima: *nemo potest venire contra factum proprium* (Digesto). Principio nunca olvidado en Europa, que perpetúa la tradición romanista a través del paciente trabajo de los glosadores y humanistas de los siglos XII - XV, y del *usus modernus pandectarum* de la Alemania del siglo XIX.

Doctrina y jurisprudencia, en Italia, Francia, Alemania y el Reino Unido han asociado la interpretación de algunas disposiciones de las codificaciones decimonónicas a la antigua prohibición de la no contradicción.

La doctrina italiana, en particular, ha contribuido a la resurrección de la teoría de la apariencia, poniendo de relieve una serie de soluciones, descritas por el legislador, resultantes del *hecho objetivo* de la apariencia creada en casos específicos. En tales circunstancias, la posición jurídica formal, por una parte, es que no podría hacerla prevalecer sobre la situación de apariencia creada, sino a costa de causar un daño a la contraparte. Las soluciones adoptadas por el legislador para impedir el ejercicio del derecho, no obstante la apariencia creada, corresponden a las reglas del “heredero aparente” (art. 534 C.C. italiano); del “acreedor aparente” (art. 1189 C.C. italiano); de la validez de los actos jurídicos asumidos por el mandatario antes de que el mandate hubiere notificado la terminación del mandato (art. 1729 C.C. italiano); del pago al acreedor cedente por parte del deudor, antes de la notificación al deudor de la cesión del crédito (art. 1264 C.C. italiano); de los derechos del titular simulado (arts. 1415 a.1 y 1416 a.1, C.C. italiano); de la empresa aparente (Galgano, 2004, pp. 453 y ss.).

En estas situaciones, denominadas de ‘*apariencia pura*’, u objetiva, la culpa de cualquiera de las partes no juega ningún papel, y la protección de la confianza de la contraparte sigue siendo un principio cuya ‘*función política*’ no añade nada a la decisión del legislador de garantizar soluciones equitativas en casos específicos. Desde esta perspectiva, el principio de tutela de la confianza no puede aplicarse a otras situaciones cuyo criterio organizador tenga aplicación general. A lo sumo, se puede reconocer a la confianza y a su tutela solo una función interpretativa, o descriptivo/pedagógica (Genicon, 2013, pp. 339 y ss.). Por lo tanto, no se admite la aplicación por analogía de los casos descritos.

Por otro lado, mucho tiempo atrás, ni siquiera el Código napoleónico había codificado el principio de tutela de la confianza; sin embargo, sí previó una serie de situaciones heterogéneas que lo aplican. A modo de ejemplo: pago a acreedor aparente (art. 1240 cod. Nap.); revocatoria del mandato notificado

al único mandatario (art. 2005 cod. Nap.), muerte del mandante (art. 2008 cod. Nap.); compromiso del mandatario frente a terceros (art. 2009 cod. Nap.); vicios aparentes de la cosa vendida (art. 1642 cod. Nap.); la admisibilidad en el Derecho procesal civil (art. 123 y ss. C.P.C. fr.).

En Alemania, en un primer momento, doctrina (Riezler, 1912) y jurisprudencia habían asimilado el *Verwirkung* (*venire contra factum proprium*) al principio de no infringir los derechos de otros, contrariando las buenas costumbres, introducida por el par. 826 del BGB. Desde los años veinte del siglo pasado, la jurisprudencia alemana ha aproximado el *Verwirkung* al principio de abuso de derecho, que a su vez, no es más que una aplicación del principio de buena fe (*Treu und Glauben*: § 242 del BGB) (Ranieri, 2001, pp. 27 y ss.).

También en el Reino Unido el interés por la prevalencia de la apariencia sobre la realidad jurídica en algunas situaciones se ha traducido en muchas ocasiones en regulación legislativa de sector: es el caso del socio aparente (s. 14, *Partnership Act*, 1890), o del librador de una letra de cambio (s. 54, *Bill of Exchange Act*, 1882). En la primera hipótesis el socio aparente es responsable frente a los acreedores, aun si la representación de su calidad de socio no se haya hecho directamente al acreedor de buena fe, e incluso, sin el conocimiento del socio aparente¹. En el segundo, el girador de la letra de cambio es responsable frente al prestatario en cuanto a la legitimidad del documento, la capacidad del contratante y la existencia de fondos². Asimismo, ya en el siglo XVII³ aparece en la corte de *Equity* el *proprietary estoppel*⁴ (Burn & Cartwright,

1 S. 14 *Partnership Act*, 1890 “Persons liable by ‘holding out’(1) Every one who by words spoken or written or by conduct represents himself, or who knowingly suffers himself to be represented, as a partner in a particular firm, is liable as a partner to any one who has on the faith of any such representation given credit to the firm, whether the representation has or has not been made or communicated to the person so giving credit by or with the knowledge of the apparent partner making the representation or suffering it to be made”.

2 S. 54 *Bill of Exchange Act*, 1882 “Liability of acceptor: The acceptor of a bill, by accepting it -

(1) Engages that he will pay it according to the tenor of his acceptance;

(2) Is precluded from denying to a holder in due course: (a) The existence of the drawer, the genuineness of his signature, and his capacity and authority to draw the bill; (b) In the case of a bill payable to drawer’s order, the then capacity of the drawer to indorse, but not the genuineness or validity of his indorsement; (c) In the case of a bill payable to the order of a third person, the existence of the payee and his then capacity to indorse, but not the genuineness or validity of his indorsement”.

3 *V. ex plurimis*: *Edlin v. Battaly* (1668) 2 Lev 152; *Huning v. Ferrers* (1710) Gilb. Ch., 85.

4 *Crabb v. Arun District Council* [1976] Ch 179 C.A., [1975] 3 All ER 865, CA. *Ex plurimis*: E.H. BURN, J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn’s Modern Law of Real Property*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 908 y ss.; M. PAWLOWSKI, *The Doctrine of Proprietary Estoppel*, Sweet & Maxwell, Londres, 1996, pp. 1-4.

2011, pp. 911 y ss.; Pawlowski, 1996, pp. 1-4) destinado a permanecer hasta el presente - por lo menos en la jurisdicción inglesa - el único caso de *estoppel* gracias al cual se pueden constituir derechos reales menores, o transferirse derechos propietarios exclusivos, aun en sustitución de obligaciones de forma (Getzler, 2003, pp. 42-46; Cheshire & Burn, 1982, p. 569)⁵.

La conclusión que se puede inferir puede enunciarse como sigue: al ser un principio interpretativo, la confianza legítima sirve para explicar ciertas hipótesis especiales de responsabilidades a cargo del autor de las situaciones de apariencia de las que se origine una confianza perjudicial. El principio conserva, en este caso, su función descriptiva, cuya única utilidad es explicar el fundamento de las reglas enunciadas que, de otra manera, parecerían contradecir las normas generales del régimen contractual (o de la circulación de los bienes inmuebles, en el derecho inglés).

Ya a principios del siglo xx, la jurisprudencia italiana habría reconocido una prohibición más general de la invocación de una posición jurídica formal, de manera contraria a las (falsas) representaciones creadas al interior de relaciones privilegiadas basadas en la confianza mutua (D'amelio, 1937, p. 550)⁶. En tales situaciones, definidas como "apariencia culposa", la prohibición de contradecirse sanciona la conducta *culposa* de quien quisiera que la verdad formal prevaleciera en las relaciones interpersonales, aunque de naturaleza no contractual. En resumen: la apariencia "pura" es un hecho ob-

5 *Re Basham* [1986] 1 WLR 1498, 1503 a 1504; Véase también J. CARTWRIGHT, *Formality and Informality in Property and Contract*, in J. GETZLER, *Rationalizing Property, Equity and Trusts. Essays in Honour of Edward Burn*, LexisNexis, Londres, 2003, pp. 42-46. Originalmente, se trataba casi exclusivamente de situaciones en las cuales el arrendatario hacía valer un derecho real sobre el bien inmueble, como resultado del "estímulo o aquiescencia" demostrado por el propietario pleno. Incluso en la edición de 1982 del manual de Cheshire "*Modern Law of Real Property*" el curador Edward Burn no dedicó al *proprietary estoppel* una discusión separada, si no que citó la institución dentro de las *licences* (exactamente: "*licences by estoppel*"), limitándose a reconocer el nacimiento de un nuevo "*right in alieno solo*" (así: GC CHESHIRE, EH. BURN, *Cheshire y Burn's Modern Law of Real Property*, Butterworths, Londres, 1982, p. 569). De hecho, el *proprietary estoppel* consiste en reconocer al demandante la legitimación para demandar, pero no crea por sí mismo derechos de propiedad: estos descenderán de la sentencia (constitutiva) del juez asignado, en caso que este decida reconocer el *equitable interest*; y solo desde entonces adquirirán aquellas características típicas de la realidad. Esta lectura del *proprietary estoppel* permite evitar el evidente contraste entre la doctrina del *proprietary estoppel* y la Sec. 53 del *Law of Property Act* de 1925, conforme al cual se aplica la forma escrita a la constitución y cesión de derechos reales. Ver: E.H. BURN, J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's Modern Law or Real Property*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 1015-1017.

6 Casación civ., 8 de junio de 1942, n. 1586, en *Foro it. Máximas*, 1942, p. 379; Casación civ., 04/07/1964, n. 780, en *Foro pad.*, 1965 II, p. 58, con nota de A. MONTEL; en *Justicia Civil.*, 1965 I, p. 189, con nota de FERRERO. D'Amelio, Presidente de la Corte de Casación italiana en los años 30, describía así el principio de la "apariencia culpable": "quien ha confiado razonablemente en una determinada manifestación jurídica y ha actuado de acuerdo con dicha manifestación, tiene derecho a contar con ella, incluso si la manifestación no coincide con la realidad" (M. D'AMELIO, "Apariencia del derecho" en *Nuevo Digesto Italiano*, 1937, I, p. 550).

jetivo, que opera *erga omnes*; el deber de coherencia, en cambio, surge solo al interior de una relación privilegiada. En tales casos, y como argumentaremos más adelante, la tutela de la confianza legítima de la contraparte se presenta como un principio rector con una función técnica (Sacco, p. 243)⁷, lo cual se deduce de una interpretación amplia de la regla de la buena fe (arts. 1175, 1337 y 1338 C.C. italiano), lo que permite al juez italiano garantizar la equidad de las soluciones dadas. Se está en presencia, entonces, de una doctrina general, susceptible de aplicación analógica donde concurren los elementos constitutivos del caso, es decir: la existencia de una relación privilegiada, la conducta culposa de una parte, una confianza legítima (es decir, no culposa) y contraprestación a cargo de la contraparte.

Es en estas situaciones que la tutela de la confianza se convierte en fuente autónoma de obligaciones, en virtud de las reglas de la buena fe establecidas por el Código Civil italiano en relación con la responsabilidad precontractual. Como precisaremos más adelante, en estos casos, la confianza legítima en el acto (o la conducta, o la omisión) se convierte en elemento esencial de la situación jurídica creada, en cuya tutela el ordenamiento jurídico renuncia a los indicadores externos de publicidad para reconocer la importancia de los hechos internos (o más bien, no visibles) que condujeron a un sujeto hacia una dirección desfavorable a sí mismo.

Al modelo de apariencia culposa y a su inverso, la tutela de la confianza legítima, están dedicadas las páginas siguientes, con el fin de profundizar las relaciones privilegiadas dentro de los cuales surge el deber de no contradicción y nace la necesidad de tutelar la confianza. Como se mencionará, tal exigencia puede resultar en una fuente autónoma de obligaciones cuando el *hecho* de la confianza onerosa y no culpable se produzca como consecuencia de una conducta incorrecta, y se limita a las hipótesis en las cuales el ordenamiento jurídico seleccione intereses relevantes imponiendo contextualmente una obligación de buena fe en cabeza de la contraparte, con el fin de proteger dichos intereses.

7 R. SACCO, *el hecho, el acto, el negocio*, en ID. (Dir.), *Tratado de Derecho Civil, La Parte General del Derecho Civil.*, p. 243.

II. DEL PRINCIPIO A LA REGLA: LA BUENA FE COMO PRESUPUESTO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

1. LOS ARTS. 1337 Y 1338 DEL C.C. ITALIANO, PARADIGMA DE UNA OBLIGACIÓN DE BUENA FE PARA LA TUTELA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

El argumento según el cual el principio de tutela de la confianza se encarna en una norma de conducta, fuente autónoma de obligaciones, parte de la observación de la presencia constante, en el Código Civil italiano, de la cláusula general de buena fe. En el Libro IV “De las Obligaciones” se encuentran numerosas disposiciones inspiradas en esta regla de conducta, sobre todo en materia de obligaciones contractuales: desde el momento del nacimiento de la obligación (art. 1175 C.C.), pasando por la interpretación del contrato (art. 1366 C.C.), hasta su ejecución (art. 1375 C.C.), la buena fe condiciona toda la vida del contrato. Tanto como para poder afirmar que, en el sistema italiano, la regla de la buena fe marca las directrices de un derecho contractual moderno inspirado en el “*civisme contractuel*” (Mazeaud, [s.f.], pp. 603-609)⁸. Sin embargo, si bien esta afirmación puede ser cierta, no añadiría nada a lo que se ha dicho acerca de la función puramente interpretativa del principio de tutela de la confianza legítima. De hecho, una conducta correcta y leal implica la prohibición de solicitar culposamente la confianza ajena, induciendo al interlocutor a modificar negativamente su situación jurídica.

De hecho, el potencial contenido normativo de la cláusula de la buena fe se manifiesta en todas sus posibles aplicaciones en los arts. 1337 y 1338 del Código Civil italiano. Únicas en la escena europea desde los años 40 del siglo pasado, las normas mencionadas pueden presentarse como verdaderas disposiciones revolucionarias. La primera (art. 1337 C.C.)⁹ corresponde a un

8 D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?*, en *Mélanges Terré*, Dalloz, PUF, Ed. Juriclasseur, pp. 603, 609.

9 Art. 1337: NEGOCIACIONES Y RESPONSABILIDADES PRECONTRACTUALES - Las partes en el desarrollo de las negociaciones y durante la celebración del contrato, deben actuar de buena fe.

caso general, en virtud del cual las partes deben actuar de buena fe, incluso en la fase de prenegociación, y con independencia de la estipulación efectiva del contrato; la segunda (art. 1338 C.C.)¹⁰ corresponde a un caso especial que, por el contrario, presupone la existencia de un contrato ya suscrito, en el cual los intereses de una parte en la ejecución efectiva del contrato resulta traicionado por la reticencia de la contraparte, que omitió dar a conocer una causa de nulidad del negocio.

No hay duda de que los arts. 1337 y 1338 citados se inspiran en el debate desarrollado en Alemania a finales del siglo XIX: la conocida teoría de Von Jhering relativa a la *culpa in contrayendo* (Von Jhering, 1861) suscitó un apasionado debate tanto en Alemania como en Italia¹¹. El pensamiento de Von Jhering se centraba en la idea que se requiere la debida diligencia contractual de ambas partes en la relación contractual que ya se ha verificado, verificado, como en el momento de la formación del contrato. En ambos casos, el incumplimiento de dicha obligación daría a la parte inocente la titularidad de una acción contractual. Según el pensamiento de Von Jhering, la culpa sigue siendo el punto central en torno al cual se puede asumir la responsabilidad por el incumplimiento del deber de cuidado. Solo más tarde, la doctrina alemana (Windscheid, 1906)¹² desarrollaría tal teoría, transformando el deber de cuidado en obligación de buena fe, reconociendo una acción (contractual) a favor de quien hubiera alterado, en perjuicio propio, su situación jurídica, basándose en su confianza en las declaraciones o la conducta de la contraparte.

10 Art. 1338: CONOCIMIENTO DE LAS CAUSAS DE NULIDAD - La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de nulidad del contrato, no ha dado aviso a la otra parte, tiene la obligación de indemnizar el daño sufrido por haber confiado, sin culpa de su parte, en la validez del contrato.

11 La evolución del pensamiento jurídico alemán ha sido estudiado por la doctrina italiana ya a principios del siglo XX: G. FAGGELLA, *Los periodos precontractuales y la responsabilidad precontractual*, Roma, 1918; ID., *De los periodos contractuales y de su construcción científica verdadera y exacta*, en *Estudios Jurídicos en honor a FADDA por su vigésimo quinto año de enseñanza*, III, Nápoles, 1906, p. 271; ID., *Fundamento jurídico de la responsabilidad en cuanto a las negociaciones contractuales*, en *Arch Serafini*, 1909, pp. 128 y ss. ID., *La responsabilidad precontractual, con especial atención en sus elementos constitutivos*, en *Jur. it.*, 1917, IV, p. 1. La tesis de M. FAGGELLA, favorable al “contrato implícito” de actuar de buena fe había sido criticada por la doctrina francesa, que ya se inclinaba por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual: R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle*, en *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 705 y ss. El interés en las teorías alemanas sigue vivo en la doctrina italiana. V. recientemente: C. CASTRONOVO, *La nueva responsabilidad civil*, Milán, 2006, p. 464 y ss. ID., “*Vaga culpa in contrahendo*: nulidad, responsabilidad y la búsqueda de la oportunidad perdida” en *Europa y der. priv.*, 2010, p. 7 y ss.

12 B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt a. M., 1906.

El pensamiento alemán ha dejado en claro durante mucho tiempo un punto fundamental: no se trata (solo) de moralizar las relaciones contractuales; sino más bien, de proteger a la persona que ha modificado su posición de manera perjudicial e irreversible como consecuencia de la conducta impropia de otro. Esta reconstrucción se vería hoy confirmada por la reforma al BGB del 01 de enero de 2002 (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), tras de la cual el nuevo § 311, c. 2 reconoce una acción (contractual)¹³ en caso de incumplimiento de los deberes de protección de la confianza (mencionados en el § 241 BGB) depositada por una de las partes involucradas en una relación privilegiada.

En este contexto, de acuerdo con una reconstrucción más moderna y compatible propuesta por una refinada doctrina italiana (Mengoni, 1956, p. 360; Castronovo, 2006, p. 464 y ss.)¹⁴, el art. 1337 C.C. it. sería la expresión de un deber más general de actuar correctamente, ya introducido por el art. 1175 C.C. it.¹⁵; mientras que el art. 1338¹⁶ tutelaría la confianza depositada por una de las partes en la promesa de cumplir el contrato, sin con ello atar el precepto ni a los vicios del consentimiento ni al llamado “contrato de hecho”.¹⁷ En ambas normas, el perjuicio sufrido por la persona que hubiere depositado su confianza inocente y onerosa se convierte en una situación de hecho que, en la valoración del legislador italiano, merece ser protegida mediante el reconocimiento de una responsabilidad, de conformidad con los arts. 1337 y 1338, en cabeza de la contraparte, cuya conducta objetivamente desleal considerada en el contexto de una relación privilegiada causó el perjuicio.

13 El nuevo § 282 BGB establece específicamente la aplicabilidad del § 280, parágrafo 1 (que regula los efectos de la responsabilidad contractual), a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de protección del § 241, c. 2 y, en virtud de la relación con el § 311, c. 2, a la responsabilidad precontractual.

14 MENGONI L., *Sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual*, en *Rev. der. com.*, 1956, II, p. 360; C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: nulidad, responsabilidad y la búsqueda de la oportunidad perdida*, cit, pp. 7 y siguientes. ID., *La nueva responsabilidad civil*, Milán, 2006, p. 464 s.

15 ART. 1175: COMPORTAMIENTO DE ACUERDO CON LA RECTITUD - El deudor y el acreedor deben comportarse de acuerdo con las reglas de la rectitud.

16 El art. 1338 parece inspirado en uno de los *Fallgruppen* analizados por Von Ihering. En particular, el relativo a la responsabilidad indemnizatoria a cargo de la persona que hubiera inducido al contratante en error, provocando así la nulidad del contrato.

17 En la literatura italiana el “contrato de hecho” se refiere a aquellas situaciones en las que ciertos contratos declarados nulos producen, no obstante, sus efectos, por razones de equidad social (que es el caso del contrato laboral nulo, de conformidad con el art. 2126 C.C. it.), o para obtener una ventaja económica (como en el caso de una sociedad nula), en los casos previstos por la ley.

Este “hecho jurídico” pertenece a aquellas situaciones que, de conformidad con el art. 1173 C.C. it¹⁸, pueden ser fuente de obligaciones distintas de las obligaciones contractuales o delictuales, de conformidad con la ley (véanse los arts. 1.337 1.338 C.C.), o más en general con el ordenamiento jurídico. El interés en una conducta correcta durante la fase de prenegociación (art. 1337 cc), así como el interés en la celebración de un contrato válido y eficaz (art. 1338 cc), ya habrían sido evaluados por el legislador italiano como dignos de tutela, tanto que del incumplimiento de las obligaciones de actuar correctamente impuestas por las normas citadas –cuyo contenido concreto solo puede ser determinado por el juez– proviene la responsabilidad del autor del incumplimiento. La naturaleza contractual de dicha responsabilidad se puede deducir de la peculiaridad de las situaciones descritas en el art. 1337 C.C., a saber, la existencia de una relación privilegiada, a semejanza de un contrato, en cuyo interior se presume la legitimidad de la confianza depositada por ambas partes en la lealtad mutua.

La propuesta de reconstrucción fue recientemente confirmada por la Corte de Casación italiana (Scognamiglio, 2012, pp. 1949; Dellanegra, 2012, p. 235)¹⁹ que al asumir la responsabilidad de la Administración Pública para la revocación de un encargo profesional de un arquitecto, no solo reconoció al art. 1337 C.C. el contenido de un caso sustancial “constituido por la particular relación que se establece con la negociación entre las partes, a las cuales la normatividad les impone una obligación de conducta de buena fe” sino que también admitió que tal obligación constituye un “caso de responsabilidad comprendido entre aquellos indicados en el art. 1173 C.C.” y, al final, determinó la naturaleza contractual.

18 ART. 1173 - FUENTES DE LAS OBLIGACIONES-. Las obligaciones se originan en el contrato, el hecho ilícito, o cualquier otro acto o hecho idóneo para producir las de conformidad con el ordenamiento jurídico.

19 Casación 20 de diciembre de 2011, n. 27648, en *Europa y der. priv.*, 2012, pp. 1227 y siguientes, con nota de C. CASTRONOVO, *La Corte de Casación se supera a sí misma y revisa la responsabilidad precontractual*; y C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela de la confianza, incumplimiento del deber de buena fe y naturaleza de la responsabilidad precontractual*, en Resp. Civ. prev., 2012, 1949 y siguientes. En un sentido crítico: F. DELLA NEGRA., *Culpa in contrabando, contacto social y modelos de responsabilidad*, en *Contratos*, 2012, pp. 235 y ss.

Sin embargo, después de la sentencia citada, la Corte de Casación regresa sobre sus pasos, confirmando el carácter extracontractual de la responsabilidad precontractual: Casación, 16 de enero de 2013, n. 1000; Casación, Sec. Un., Ord., 19 de octubre de 2012, n. 18092; Casación, 20 de marzo de 2012, n. 4382, en *Daño y responsabilidad*, 2012, 1103 y siguientes, con nota de V. MONTANI, *Responsabilidad precontractual y abandono injustificado de las negociaciones: una relación del género a la especie*; Casación, Sec. A., Ord. 27 de febrero 2012, n. 2926 Guía der, 2012, 45.; Casación 10 de enero 2013, n. 477, en *Daño y resp.*, 2013, pp. 754 y siguientes, con nota adhesiva de F. DELLA NEGRA, *La naturaleza de la responsabilidad precontractual: ¿La calma después de la tormenta?*

El citado pronunciamiento no sigue la ruta interpretativa tradicionalmente preferida por la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, según la cual la responsabilidad, en virtud de los arts. 1337 y 1338 del Código Civil no sería más que una aplicación (normativa) de la prohibición de *neminem laedere* (Bianca, 2000, p. 158; Sacco, 2004, p. 235; Pignataro, 1999, pp. 185 ss.)²⁰. Desde esta perspectiva, el perjuicio sufrido por quien ha puesto su confianza inocentemente en la lealtad de la conducta y/o las declaraciones de la contraparte constituiría un daño injustificado según el art. 2043 C.C. it.

La reconstrucción propuesta, sin embargo, no puede generar temor en que recurrir a una regla expresada por una cláusula general de buena fe pueda crear inseguridad jurídica: se trata de reconocer al juez –intérprete de las costumbres de su tiempo– el poder de equilibrar los intereses contrapuestos de las partes. En consecuencia, los intereses protegidos por las normas citadas (interés en no sufrir un perjuicio como consecuencia de una mala conducta, interés en una libre formación del consentimiento) no serán, por tanto, “absolutos”. Corresponde al juez equilibrarlos con los intereses de la contraparte para *no* celebrar un contrato, o para *no* revelar cierta información confidencial, aunque puedan evitar el error de la contraparte.

Esto explica, entonces, por qué la jurisprudencia italiana –que desde hace setenta años aplica la cláusula general de buena fe en materia precontractual– no condena la ruptura de las negociaciones, si acaso la ruptura *culposa* o *intempestiva* de las negociaciones²¹. Recurriendo a la casuística, por ejemplo, la etapa avanzada de las negociaciones no puede considerarse en sí misma razón suficiente para sancionar la retirada de las negociaciones: lo que hace relevante el hecho jurídico de haber sufrido un perjuicio irreparable por haber confiado en la conducta o en las declaraciones de los demás es la conciencia (culposa o incluso dolosa) de no poder o no querer celebrar el

20 *Ex plurimis*: Casación 28 de enero de 1972, n. 199, en *Foro it.*, 1972 I, 2088; Casación 29 de abril de 1999, n. 4299, *ibid.*, 1999, I, 972; Casación 14 de junio de 1999, n. 5830, *ibid.* 1999 I, 1357; Casación sec. un., 16 de julio de 2001, n. 9645, *ibid.*, I, 2002, 806. En doctrina, *ex plurimis*:. C.M. BIANCA, *El contrato. Derecho civil*, III, Milán, 2000, 158; R. SACCO-G. DE NOVA, *El contrato*, en *Tratado de Derecho Civil*, dirigido por R. SACCO, II, Turín, 2004, 235; G. PIGNATARO, *Buena fe objetiva y relación jurídica precontractual en los ordenamientos italiano y francés*, Nápoles, 1999, 185 y ss.

21 Casación 25. Febrero de 1992, n. 2335, en *Foro it.*, 1992 I, c. 1766; Casación 06 de marzo de 1992, n. 2704 en *Jur. it.*, 1993 I, p. 1560 Casación, 30 de agosto de 1995, n. 9157, en *Jur. Civil. Máximas*, 1995, p. 1568; Casación 13 de marzo de 1996, n. 2057, en *Foro it.*, 1996 I, c. 2065; Casación, 27 de octubre de 2006, n. 23289, en *Contratos*, 2007, p. 313 y ss. con nota de C. CAVAJONI; Casación, 14 de febrero de 2000, n. 1632 en *Jur. it.*, 2000, p. 2250, con nota de A. MUSY.

acuerdo (Pardolesi & Meruzzi, 2002, pp. 266 y ss.)²² o el hecho de sostener negociaciones paralelas, o la interrupción de las negociaciones tras el inicio de la ejecución de la prestación, o, en fin, la existencia de minutas de contrato o cartas de intención (Draetta, 1991, pp. 49 y ss.; Alpa & Saccomanni, 2007, pp. 267 y ss.; Capecchi, 2001, p. 383)²³. Es bueno precisar que, dado que se trata de culpa contractual, tiene un contenido objetivo, ligado a la noción de cuidado ajustado al contenido de la relación privilegiada, la calidad de las partes y la naturaleza de las circunstancias. En cuanto a la sanción, en la hipótesis *sub* art. 1337 C.C., no puede hablarse de ejecución forzada del contrato, ya que el interés protegido no es la obtención de la ejecución de la prestación, sino el interés en no ser engañado (interés negativo)²⁴, o –dicho en positivo– el interés en confiar en la lealtad del otro²⁵.

22 Casación, 10 de junio de 2005, n. 12313, en *NJCC*, 2006 I, p. 349, con nota de R. MORESE; Casación, 5 de agosto de 2004, n. 15040, en *Daño y resp.*, 2005, pp. 599 y ss., con nota de P. PARDOLESI. V.G. MERUZZI, *La negociación maliciosa*, Padua, 2002, pp. 266 y ss.

23 V.U. DRAETTA, *Los usos del comercio internacional en la formación de contratos internacionales*, en Autores Varios, *Fuentes y tipos de contrato internacional*, Milán, 1991, pp. 49 y ss. G. ALPA, A. SACCOMANNI, *Procedimientos de negociación, la diligencia debida y memorandos informativos*, en *Contratos*, 2007, p. 267 y ss. G. CAPECCHI, *El valor jurídico de las cartas de intención*, en *Der Com. int.*, 2001, p. 383 y ss. Ver el caso “SME”, Casación, 11 de julio de 1988, n. 4570, en *Courier legal*, 1988, p. 829; Casación, 11 de julio de 1988, n. 4570, en *Courier Jurídico*, 1988, p. 829. U. DRAETTA *Criterios de redacción de cartas de intención a la luz de los casos Pennzoil y SME*, en *Der Com. int.*, 1987, p. 240 y ss.

24 Interés negativo que consiste en la menor ventaja sufrida, o en mayor agravio económico causado por la mala conducta de la parte demandada. V. *Ex plurimis*: Casación, Sec. A., 19 de diciembre de 2007, n. 26725, en *Daño y resp.*, 2008, p. 525, con nota de V. ROPPO; Casación 29 de septiembre de 2005, n. 19024 en *Rev.der. com.*, 2008, II, p. 17; en *Daño y resp.* 2008, p. 525, con nota de V. ROPPO; Casación 29 de septiembre 2005, n. 19024, de los daños y resp., 2006, p. 25, con nota de V. ROPPO, G. AFFERNI; en *Jur. com.*, 2006, 4, p. 626, con nota de C.E. SALODINI; en *Resp. Civ. prev.*, 2006, p. 1080, con nota de F. GRECO.

25 Después de haber indemnizado por varios años incluso la pérdida de oportunidades, la jurisprudencia francesa renunció: Casación 3ª Ch.com., 26 de noviembre de 2003, en *Rev. trim. der. com.*, 2004, pp. 187 y siguientes, con nota de O. DESHAYES, *Le dommage précontractuel*; en *Rev. dr. civ.*, 2004, p. 257, con nota de D. MAZEAUD; Casación, 3ª civ., 28 de junio de 2006, en *Bol. civ.*, III, n. 164; en *Contrats, conc. consom.* 2006, no. 223, con nota de L. LEVENEUR; en *Defrénois*, 2006, p. 1858, con nota de R. LIBCHABER; en *Juris – Classeur pér.* G, 2006, I, p. 166, n. 6, con nota de P. STOFFEL -MUNCK; en *Rev. des contrats*, 2006, p. 1069, con nota de D. MAZEAUD; en *Rev. des contrats*, 2006, p. 1069, con nota O. DESHAYES, *Rupture fautive des pourparlers*; en *Rev. Trim. dr. civ.*, 2006, p. 754, con nota de J. MESTRE, B. FAGES; *ibíd.*, p. 770, con nota de P. JOURDAIN.

1.1. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Las consideraciones anteriores se confirman también en la hipótesis en la que uno de los sujetos que asume una conducta incorrecta en la fase de negociaciones es la Administración Pública (Castronovo, 2009, pp. 702-704)²⁶. Principalmente como resultado de la Ley 241/1990, así como sobre la base de la jurisprudencia que con el tiempo ha reconocido cada vez más la responsabilidad indemnizatoria de la administración pública frente al ciudadano²⁷, queda excluido que los órganos administrativos puedan atrincherarse detrás de su pretendida soberanía, como era el caso hasta los años 50 del siglo pasado. Descubierta el velo de la vulnerabilidad de la administración, hoy ya no queda duda de que pueda ser considerada responsable, incluso a título de responsabilidad precontractual: solo es cuestión de definir los límites (Faillace, 2004, pp. 69 y ss.). De la crítica a la conducta en el transcurso de la sola negociación privada²⁸ hoy se ha llegado a considerar que la hipótesis de una responsabilidad precontractual es viable siempre y cuando la administración infrinja normas de conducta correcta de derecho común que no tengan nada que ver con la legitimidad del acto. Mientras que el incumplimiento de las normas dictadas en el interés público implica la nulidad del acto, o la revocación de la actividad de autoridad de acuerdo a normas de Derecho público; el incumplimiento de normas de derecho común –que es precisamente la buena fe precontractual– implica inevitablemente la responsabilidad de derecho co-

26 Cons. Estado, secc. VI, 15 de abril de 2003, n. 1945 en Jur. it., 2004, p. 419; F. MERUSI, Buena fe y confianza en el derecho público. De los años “treinta” a la alternación, Milán, 2001, pp. 271 y ss. C. CASTRONOVO, Regreso a la obligación sin prestación, en *Europa der. priv.*, 2009, pp. 702-704; ID., *Responsabilidad civil de la Administración Pública*, en *Jus*, 1998, p. 647. De opinión diferente: E. NAVARRETTA, *La tutela indemnizatoria de los intereses legítimos*, en *Actuación y tutela de los derechos*. La responsabilidad y el daño, vol. IV. T. III, en N. LIPARI, P. REXCIGNO (dirigido por), A. ZOPPINI (coordinado por), *Derecho Civil*, Milán, 2009, pp. 224-226; ID., *Reflexiones al margen de la injusticia del daño*, en *Liber amicorum por F.D. Busnelli*, I, Milán, 2008, p. 630.

27 Véase la conocida sentencia de 1999 n. 500, con la cual se admitió la indemnización de los daños y perjuicios debidos por la Administración Pública, que hubiera lesionado un interés legítimo del ciudadano. Casación, Secc. Un., 22 de julio de 1999, n. 500, en *Foro it.*, 1999 I, c. 3201, con nota de R. CARANTA, *La administración pública en la era de la responsabilidad* y F. FRACCHIA, *De la negación de la compensabilidad de los intereses legítimos a la afirmación de compensabilidad de aquellos jurídicamente relevantes: el desarrollo de la Corte Suprema deja abiertos algunos interrogantes*; y en un sentido análogo, cf. también Casación, Secc. Un., 21 de mayo de 2002, n. 7420, en *Der y just.*, 2002, p. 57.

28 V. Casación 12 de julio 1961, n. 1675, en el *Foro it.*, 1962 I, c. 1165, con notas de L. BIGLIAZZI GERI, *Culpa in contrahendo, administración pública y terceros*, en la que por primera vez se condenó a la administración a una indemnización de conformidad con el art. 1337 C.C., con base en el principio por el cual se puede permitir al juez ordinario el juicio sobre la conducta leal y correcta de la A.P., no un juicio sobre la buena administración.

mún, o sea la indemnización del daño²⁹. El hecho de que la conducta correcta que se puede esperar de la administración pública sea diferente y más rica en contenidos, ya que debe perseguir en cualquier situación intereses públicos de economía y eficiencia, no justifica una responsabilidad precontractual “atípica”, o en absoluto comparable a la del derecho común (Altieri, 2009, pp. 666 y ss.)³⁰. En todo caso, se confirma aún más la potencialidad de aplicación de la cláusula de la buena fe, capaz de expresar –gracias a su elasticidad inherente– valores sociales no limitados a los intereses privados.

De la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte de Casación surge, en otros términos, una responsabilidad más general de confianza³¹ como “responsabilidad contractual en el sentido amplio” (Mazzamuto, 2011, pp. 121 y ss.)³², consecuencia del incumplimiento de una obligación de buena fe, de acuerdo con el art. 1337 C.C. (y no *neminem laedere*, de conformidad con el art. 2043 como lo sostiene la jurisprudencia civil³³ y de conformidad con lo dispuesto en el art. 30 del Código de la Administración Pública).

29 Cons. Estado 16 de enero de 2005, n. 86, en *Foro adm.*, 2006, p. 1981 y ss., con nota de A. LUPO, *La Responsabilidad de la Administración Pública en el ámbito de los procedimientos públicos.*; Cons. Estado, 5 de noviembre de 2005, n. 6, en *Los contratos del Estado y de los organismos públicos*, 2006, p. 116 y ss. con nota adhesiva con A. VACCA, La responsabilidad precontractual de la A.P. en el ámbito de los procedimientos públicos de elección del contratista: un caso oscilante entre el ejercicio ilegal del poder público y la violación ilegal de los cánones de la buena fe y diligencia: “subsiste la responsabilidad de la a.p. por vía de responsabilidad precontractual de conformidad con el art. 1337 C.C. en el caso que la administración, después de haber cursado una invitación a licitación y pronunciado la adjudicación, disponga la revocatoria de la propia adjudicación y de los actos de los procedimientos relativos por carencia de los recursos financieros necesarios, pero al mismo tiempo, tiene una conducta incorrecta y no diligente, en particular omitiendo cualquier supervisión y coordinación sobre los compromisos económicos que la administración había asumido cuando se inició el procedimiento público, terminando así por sacrificar injustamente la confianza suscitada en la empresa por los actos de procedimiento público luego eliminados.”

Casación, 10 de junio de 2005, n. 12313, en *Jur. it.*, 2006, p. 1390 y ss., con nota de F. SALERNO, *En el tema de la responsabilidad contractual de la Administración Pública.*

30 A. ALTIERI, *La actividad contractual de la administración pública*, en M. Mirabella (ed.), *Curso de Derecho Administrativo*, Milán, 2009, p. 666 y ss.

31 Casación, Sec. Un., 23 de marzo de 2011, n.º. 6594, 6595, 6596, en *Resp. Civ. prev.*, 2011, pp. 1749 y ss., con nota de C. SCOGNAMIGLIO, *Lesión de la confianza y responsabilidad civil de la Administración Pública*: el A. es crítico con las sentencias comentadas en la parte en la que califican la responsabilidad de confianza como aquiliana, cuando en realidad sería una responsabilidad por incumplimiento de una obligación preexistente. Ver en el mismo sentido: A.M. DE LUCA, *Culpa in contrahendo y procedimiento administrativo*, *Corr. Jur.*, 2006, p. 72 y ss. Casación 20 de diciembre 2011, n. 27648, en *Europa y der. privado*, 2012, p. 1227 y ss., con nota (crítica) de C. CASTRONOVO, La Corte de Casación se supera a sí misma y revisa la responsabilidad precontractual, *cit.*

32 S. MAZZAMUTO, *La responsabilidad contractual en el sentido amplio*, en *Europa der. priv.*, 2011, p. 121 y ss.

33 Ver *supra* notas anteriores.

Un límite a la responsabilidad precontractual de la administración pública, aún no superado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, radica en subordinar el nacimiento de la obligación de actuar correctamente a la fase de la adjudicación³⁴, porque dicen –es con su revocación– a través de medidas de autotutela consecutivamente consideradas legítimas por la jurisdicción administrativa – que la disposición en favor del ciudadano se anula (legítimamente), invalidando también la situación de ventaja, defraudando la confianza legítima y creando el daño. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia actual, el procedimiento administrativo se asimila a la fase de formación del contrato, y la administración pública está sujeta a responsabilidad precontractual, siempre que ya se haya producido la adjudicación.

De tal manera, sin embargo, se delimita el surgimiento de la situación relacional privilegiada a una etapa claramente identificable del procedimiento administrativo, la de la adjudicación; delimitación que, sin embargo, no tiene lugar en las relaciones entre sujetos privados, en los que se deja a la discreción del juez la ponderación de las situaciones de hecho que hubieren dado lugar a la ruptura de las negociaciones, a fin de considerar eventualmente la terminación injustificada.

Según la óptica escogida, es decir, la que ve en la buena fe la aplicación del principio de tutela de la confianza legítima y onerosa, lo que debería ser protegido no es la confianza depositada por un sujeto privado en el acto de la adjudicación, si no de otro pronunciamiento favorable (Navarreta, pp. 224 y ss.)³⁵; si acaso, la confianza en la conducta correcta observada por la administración (Castronovo, 1999, p. 1263)³⁶. Esta perspectiva obviamente no tolera limitaciones preconconstituidas con respecto al momento en el cual se puede decir que existe la fase precontractual, y se adquiere la calidad de contrayente (la etapa, por supuesto, de adjudicación).

34 Ver jurisprudencia citada en las notas anteriores; cf. especialmente: Cons. Estado, 11 de noviembre de 2008, n. 5633, en *Daño y resp.*, 2009, p. 819, con nota de A. PERINI, *La responsabilidad precontractual de la Administración Pública y la tutela de la confianza*.

35 E. NAVARRETTA, *La tutela indemnizatoria de los interessi legítimos*, en *Actuación y tutela de los derechos. La responsabilidad y el daño*, cit., pp. 224 y ss.: según el interés pretensivo evidencia no solo el interés por una conducta legítima y correcta de la Administración Pública, sino también el interés por lograr el resultado útil.

36 C. CASTRONOVO, *El interés legítimo cruza la frontera de la responsabilidad civil*, en *Europa der. priv.*, 1999, p. 1263; ID., *Responsabilidad civil de la Administración Pública*, cit.

2. BUENA FE, RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y TUTELA DE LA CONFIANZA EN FRANCIA.

Desconocida en el Código Napoleónico, la responsabilidad precontractual ha encontrado sin embargo en Francia reconocimiento jurisprudencial; pero no en el silencio de la ley, sino gracias a la existencia de instituciones tales como el abuso del derecho o la culpa objetiva delictual, los jueces del otro lado de los Alpes han hecho posible un acercamiento del sistema jurídico francés a la vanguardia alemana e italiana en materia de responsabilidad precontractual. La preferencia de los jueces, sin embargo, nunca se encaminó a establecer un vínculo entre la regla general de buena fe³⁷ (vista aun hoy con desconfianza en ese sistema jurídico debido a la vaguedad del precepto), la tutela de la confianza en la conducta correcta de la contraparte y el retiro de la fase de prenegociación. En todo caso, desde hace algún tiempo los jueces franceses tutelan la confianza legítima depositada por un contrayente en la fase precontractual (Mazeaud, 2001, p. 659; Chauvel, 1996, p. 36)³⁸ recurriendo principalmente a la responsabilidad delictual (Schmidt-Szalewski, 1972, p. 779)³⁹, a veces, al abuso del derecho (Ghestin, 1993, n.º 330)⁴⁰, en otras ocasiones al reconocimiento de una conducta negligente (*'faute de négociation'*, o *'faute de rupture'*)⁴¹, especialmente en los casos de negociacio-

37 En el Código Civil francés la regla general de la buena fe aparece solo en la etapa de ejecución del contrato.

38 D. Mazeaud, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, en *Le contrat au début du XXI siècle*, en *Etudes à offertes à J. Ghestin*, LGDJ, París, 2001, p. 659; ID., *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillé*, en *Dr. et patrimoine*, 1996, n. 40, p. 44 ss.; P. CHAUVEL, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, en *Dr. et patrimoine*, 1996, n. 43, p. 36.

39 El *leading case* en el que se reconoce el carácter delictual de la responsabilidad precontractual está representada por: Casación Civ., tercera sección, 3 de octubre de 1972, en *Bol. civ.*, III, n. 491; ver Casación. com., 20 de marzo de 1972, en *Bol. civ.*, IV, n. 93.; *Juris Classeur pér.*, 1973 II, p. 17543, con nota de J. SCHMIDT-SZALEWSKI; en *Rev. Trim. dr. civ.*, 1972, p. 779, con nota de G. Durry.

40 Casación. com., 7 de enero de 1997, en *Recueil Dalloz*, 1998, p. 45 y ss. con nota de P. Chauvel; Casación com. 22. febrero de 1994, en *Bol. civ.*, IV, n. 79; en *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 849, con nota de J. Mestre; Cour d'Appel de París, 2 de abril de 1990, en *Juris-Data* n. 021 053. J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, París, 1993, n. 330.

41 Casación, 3º vi, 7 de enero de 2009, n. 07-20783 en *Essentiel Droit des contrats*, 1 de marzo de 2009, p. 1, con nota de O. DESHAYES.

nes paralelas⁴² o de *avant contrats*⁴³. Con algunas excepciones (Mestre, 1998, p. 518; Malaurie, 1996, p. 22665, Ghestin, 1997, p. 114; Mazeaud, 1998, pp. 10066 y 642)⁴⁴, tal vez sea la desconfianza a las cláusulas generales lo que impide a la jurisprudencia francesa sobrepasar los límites de la ruptura intempestiva de las negociaciones o del respeto por las minutas del contrato para animarse a admitir la responsabilidad precontractual, incluso en la etapa de formación del contrato (se refiere en particular a los casos de transferencia de información errónea o incompleta a la contraparte, que no puede dar lugar a un vicio del negocio) o en los casos de celebración consciente de un contrato nulo⁴⁵. Es, de hecho, la ausencia de dicha cláusula lo que impide la generalización del principio de tutela de la confianza en su función técnica. De acuerdo con parte de la doctrina francesa (Four & Aubert, 1991, n.º 374; Cornu, 1976-1977, n.º 290; Ghestin, 1988, p. 203; Jourdain, 1992, pp. 121-132)⁴⁶, el art. 1134 *code napoléon* expresaría, en efecto, la referencia a un valor externo y ajeno a la psicología de los contrayentes, en referencia a

42 Casación com., 18 de enero de 2011, n. 09-14617, en *Essentiel droit des contrats*, 1 de marzo de 2011, p. 5, con nota de O. DESHAYES; Casación comer., 12 de mayo de 2004, n. 00-15618, en *Rev. des contrats*, 2004, p. 923, con nota de D. MAZEAUD

43 Casación comer., 26 de noviembre de 2003 n. 00-10243 y n. 00,10-949, *Alain Manoukian v. Wajsfisz*, en *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 80, con nota de J. MESTRE. Para un análisis comparativo del caso francés con el caso italiano gemelo me permito referirlos a C. AMATO, *Confianza y responsabilidad*, Giuffrè, 2012, pp. 136-137.

44 Casación, 1.º civ., 27 de abril de 1991, en *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 81, con nota de J. MESTRE; Casación comer., 27 de febrero de 1996, *Récueil Dalloz*, 1996, p. 518, con nota de P. MALAURIE; en *Juris-Classeur pér.*, 1996 II, p. 22665, con nota de J. GHESTIN; en *Rev. Trim. dr. civ.*, 1997, p. 114, con nota de J. MESTRE. Casación. comer., 7 de enero de 1997, cit.; Casación. comer., 22 de abril de 1997; en *Récueil Dalloz*, 1998, p. 45, con nota de P. CHAUVEL; en *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, con nota de J. MESTRE; Casación, 1.º civ., 6 de enero de 1998, el *Dr. et patrimoine*, 1998, n. 59, p. 92 con nota de P. CHAUVEL; *ibid.*, p. 741, con nota de D. MAZEAUD; en *Juris-Classeur pér.*, 1998, II, p. 10066, con nota de B. FAGES. V. D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, en *Le contrat au début du XXI siècle*, cit., p. 642.

45 M. BEHAR – Touche. *Les autres moyens de appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats*, en M. BEHAR - Touche (ed.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, cit, p, donde el A. admite que: “Ce n'est qu'en dans des cas extrêmement rares que l'on parviendra à empêcher une personne de se prévaloir l'inefficacité du contrat ou d'une clause qu'elle connaissait à l'origine”.

46 V. J. FOUR, J. L. AUBERT, *Les obligations. L'acte juridique*, Armand Colin, Paris, 1991, n. 374: De acuerdo con los AA. los redactores del texto simplemente quisieron superar la distinción romana entre contratos *strictum ius* y los contratos *bona fide*, es decir, interpretables de forma más flexible. Con esta cláusula de estilo solo se quería decir que todos los contratos pueden interpretarse de manera no literal. J. GHESTIN, *Les Obligations: le contrat*, en ID. (Dir.), *Traité de Droit Civil*, LGDJ, Paris, 1988, p. 203, n. 186; G. CORNU, *Regard sur titre III du livre III du Código Civil*, Dour de D.E.A. de droit privé, Paris II, 1976-1977, n. 290; P. JOURDAIN, *Rapport français sur la bonne foi dans la formation du contrat*, en *Trav. Ass. H. Capitant*, 1992, pp. 121-132; J. Ghestin, *Les obligations: Le contrat*, cit, p. 502, n. 405 Véase también: M. C. Cauchy Psaume, *L'estoppel by representation: Étude comparative de droit français et anglais*, cit, pp. 223, 233 y ss., la cual, sin embargo, inexplicablemente, llega a excluir una aplicación extensiva del párrafo tercero del art. 1134, considerando más conveniente importar el *estoppel by representation* en el sistema francés de derecho privado, ya que –como norma positiva de coherencia– sería más adecuado para tutelar la confianza legítima.

los usos comerciales, o de una norma de conducta moral, o simplemente a la evidencia del sentido común. La opinión de la doctrina más concienzuda es que es preferible un principio general de confianza no limitado a la materia contractual, lo cual pone de relieve la cantidad de pronunciamientos legales que le sirven de base, a menudo sin llamarlo de esa manera, sino con diferentes términos: buena fe, renuncia tácita, *interdiction de se prévaloir de sa propre tourpitude* (Houtcieff, 2001, p. 463)⁴⁷.

Escudriñando más en la jurisprudencia francesa, la cláusula de buena fe reaparece también en la obligación de información, a veces inserta en la responsabilidad contractual a través de los vicios de la voluntad (*réticence dolosive*), otras veces a través de la extensión del art. 1134 *code napoléon* también en las negociaciones, para el carácter abusivo de la retirada de las mismas, tanto en el caso de retirada dolosa como en el caso de la ligereza reprochable (*légèreté blamable*)⁴⁸.

3. ESTOPPEL Y TUTELA DE LA CONFIANZA EN EL COMMON LAW.

El esfuerzo de aplicación intentado en Francia no parece, sin embargo, posible en los sistemas de *common law*, en particular en el Reino Unido, donde la ausencia histórica de una cláusula general de buena fe y el carácter excepcional del régimen jurídico del *estoppel*, combinados con un régimen de responsabilidad civil de vocación no generalista, (como no lo es el *tort of negligence* y el *duty of care* en el que se basa), no han suministrado a la jurisprudencia anglosajona herramientas útiles de intervención para la tutela de la confianza legítima depositada por una de las partes en la fase de prenegociación⁴⁹.

En los sistemas de *common law* la tutela de la confianza se otorgaría al *promissory estoppel*, remedio “especial” que —en la jurisdicción en la que na-

47 D. HOUTCIEFF, *Essai de maïeutique juridique: la mise au jour du principe de cohérence*, cit., p. 463 ss.; Id., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2001; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, in Id. (Dir.), *Traité de Droit Civil*, LGDJ, París, 1993, p. 412.

48 Casación comer. 22 de febrero de 1994, en *Bol. Civ.*, 1994, IV, no. 79.

49 La única sentencia en la cual la jurisprudencia estadounidense aplica el *etoppel* a un caso de esponsabilidad precontractual es el caso *Hoffman vs. Red Owl Store*, 26 Wis. 2d 683; 133 N.W.2d 267, que, sin embargo, nunca se consideró un *leading case*.

ció— encuentra una serie de limitaciones en cuanto a los elementos esenciales del caso, y a una condición tácita pero necesaria: la existencia de una relación contractual anterior⁵⁰. La definición de *promissory estoppel* aparece —quizás por primera vez en la doctrina— en la primera edición del Tratado de Williston *The Law of Contracts*⁵¹; pero ya había sido propuesta por Lord Cairns en *Hughes v. Metropolitan*⁵² y luego reafirmado por Lord Denning en el connotado caso *Central London Property Trust v. High Tree House, Ltd*⁵³. Esta nueva versión del *estoppel*, que, según Lord Denning no sería nada más que el resultado de una fusión entre jurisdicción de *common law* y de *equity*, tendría que haber añadido al derecho de contratos un correctivo, o tal vez, una verdadera alternativa a la *consideration*, elemento esencial para propósitos del carácter vinculante de las promesas. En la visión de Lord Denning, la *equitable* o *promissory estoppel* se debería distinguir, de hecho, del *estoppel* propiamente dicho (*estoppel by representation*), en cuanto hace vinculante una promesa solo por el hecho de que el promitente haya expresado de forma inequívoca a la contraparte su intención de hacerla vinculante, en el conocimiento de que esta última habría actuado —y de hecho actuó— basándose en su confianza en dicha representación. En otros términos, el *promissory* o *equitable estoppel* predicado por Lord Denning llevaría de nuevo a la institución a sus antiguas raíces, la prohibición de contradecirse, dándole una valencia generalizadora⁵⁴, si bien, no dotada de una acción procesal autónoma, pero todavía limitada a la excepción procesal. Sin embargo, este marco teórico del *promissory estoppel* nunca habría cruzado, al menos en el Reino Unido, el umbral de la causa en el que se enunció: *Central London* cerró, en efecto, un círculo que se abrió

50 M.C. CAUCHY PSAUME, *L'estoppel by representation: étude comparative de droit privé français et anglais*, cit., pp. 110-111.

51 S. WILLISTON, *The Law of Contracts*, cit., §139.

52 *Hughes v. Metropolitan Railway Co.* (1877) 2 AC, 439; y también Lord Bowen en *Birmingham & District Land Co. v. London & North-Western Rail Co.* (1888) 40 Ch. D. 286.

53 [1947] KB 130, [1956] 1 All ER 256, [1946] WN 175. Se trataba del alquiler, a partir de 1937 y por un período de 99 años, de un complejo inmobiliario. En vísperas de la Segunda Guerra Mundial, algunos de los edificios efectivamente fueron alquilados. Esta circunstancia indujo a los propietarios a reducir a la mitad el alquiler, ya para animar a nuevos potenciales arrendatarios; ya para poner en condiciones de cumplir a los inquilinos firmantes del contrato, dado el difícil momento histórico.

En 1945, el resto de la propiedad resultó finalmente alquilado; a la luz de las nuevas circunstancias, los propietarios pidieron a los arrendatarios tanto el retorno al cánón completo originalmente acordado, como el pago de los cánones atrasados.

54 Sobre la valencia generalizada del principio de no contradicción, en lo concerniente a hacer vinculantes de las promesas unilaterales, véase *Hughes v. Metropolitan Railway Co.*, cit.; *Birmingham & District Land Co. v. London & North Western Railway Co.* (1888) 40 Ch D 268; *Salisbury v. Gilmore* [1942] 1 All ER 45.

casi cincuenta años antes⁵⁵; concluyó el discurso interrumpido por *Jorden v. Money*⁵⁶ en el umbral de una manifestación sobre la intención; pero nunca habría abierto el portal a través del cual –más allá del *estoppel*– se reconocería el carácter vinculante de las promesas aun en ausencia de *consideration*, como el gran juez inglés habría, quizás, querido.

En la jurisdicción norteamericana, por otro lado, donde no subsisten las rígidas condiciones de aplicación del *promissory estoppel*⁵⁷, dicho instrumento no fue, de hecho, utilizado en la jurisprudencia; ni como una alternativa a la *consideration*, con el fin de hacer vinculantes las promesas unilaterales; ni como cláusula general de conducta⁵⁸ fuente de una obligación específica de coherencia, o de no influir negativamente sobre la esfera jurídico/patrimonial de los demás.

En épocas recientes resuena un debate en el mundo del *common law* en el cual el *promissory estoppel* sería parte de una noción más amplia, que hace uso de la abstracción y generalidad del concepto de *unconscionability*. “Quizás ha llegado el momento en que toda la secuencia de casos decididos sobre la base del *promissory estoppel* a partir de la segunda posguerra con el caso *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd.*, deba finalmente ser revisada por los tribunales, y reconducida en el cauce de una doctrina coherente⁵⁹”. En esta dirección se ha movido la *High Court of Australia* (Duthie, 1988, p. 362; Phillips & Proksch, 1989, p. 171; Sutton, 1998, p.

55 En algunos casos que ya habían asumido la extensión del *estoppel by representation* a la representación de la intención: *Fenner v. Blake* ([1900] 1 QB 426), *Re Wickham* (1917) (34 TLR 158), *Re William Porter & Co Ltd.* ([1937] 2 All ER 361), *Buttery v. Pickard* (1946) (174 LT 144).

56 (1854) 5 HLC 185.

57 Ver *Restatement (Second) of Contracts* s. 90 (1981), que a la letra dice: “Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance:

(1) *A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.*

(2) *A charitable subscription or a marriage settlement is binding under Subsection (1) without proof that the promise induced action or forbearance”.*

58 *V. Armagas Ltd. v. Mundogas SA* [1986] AC, 717, 777 (Lord Keith of Kinkel) excluye expresamente la generalización de la tutela de la confianza por vía de la institución del *estoppel*.

59 Lord Hailsham, en *Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd. SA v. Nigerian Produce Marketing Co. Ltd.*, cit. Ma v. P.S. ATIYAH, ¿*When is an enforceable agreement not a contract?*, en 92 *L. Quart. Rev.*, 1976, p. 342; G.R. SHELL, *Opportunism and Trust in the Negotiations of Commercial Contracts: Towards a New Cause of Action*, in 44 *Va. L.R.*, 1991, pp. 248-9.

205; Carter & Harland, 1996; Lindgren & Nicholson)⁶⁰, y de una forma no muy diferente la de Nueva Zelanda⁶¹.

La cuestión que plantea este debate es si se adopta o no una visión intervencionista de los tribunales sin temor al *floodgate* (Lunney, 1992, pp. 247-251)⁶². Aunque hay muchos pronunciamientos de mérito⁶³ en los que los tribunales ingleses han propuesto al menos la posibilidad de una generalización del principio de tutela de la confianza, la *Court of Appeal* inglesa hasta ahora se ha negado a asumir esta importante responsabilidad⁶⁴, aunque Lord Denning haya sostenido, en varias ocasiones, el alcance unificador del *unconscionability*⁶⁵. Correspondería, en últimas, a la *House of Lords*⁶⁶; pero el supremo órgano judicial no parece inclinado a realizar una obra de trans-

60 *Legione v. Hately* (1982-3) CLR 406, (1983) 57 ALJR 292; *Walton Store Interstate v. Maher* (1988) 62 ALJR 110. A DUTHIE, *Equitable Estoppel, Unconscionability and the Enforcement of Promises*, in 104 *L. Quat. Rev.*, 1988, p. 362; J.C. PHILLIPS, L. PROKSCH, *Walton Stores (Interstate) Ltd. v. Maher: Implications for the Law of Contract*, in 19 *U.W. Austl. L. Rev.*, 1989, p. 171; C.H.N. BAGOT, *Equitable Estoppel and Contractual obligations in the light of Walton v. Maher*, in 62 *Am. L. J.*, 1988, p. 926; K.C.T. SUTTON, *Contract by Estoppel*, in 1 *J. Contr. L.*, 1998, p. 205; J. CARTER, D. HARLAND, *Contract law in Australia*, Butterworths, Londra, 1996; K.E. LINDGREN, K.G. NICHOLSON, *Promissory Estoppel in Australia*, in 58 *Am. L.J.*, 1984, p. 249; N. SEDDON, *Is Equitable Estoppel Dead or Alive in Australia?*, in 24 *Int. Com. L. Quat.*, p. 438 y ss.

61 En otros pronunciamientos, la High Court of Wellington ha expresado una preferencia por una teoría unificadora bajo la cubierta del *unconscionability*: *Stratulatos v. Stratulatos* [1988] 2 N.Z.L.R., 424, High Court of Wellington; *Wham-O MFG Co. v. Lincoln Industries Ltd.* [1984] 1 N.Z.L.R. 641, Court of Appeal of Wellington; *Gillies v. Keogh* [1989] 2 N.Z.L.R. 327; *Austotel Property Ltd. v. Franklins Sleaferve Property Ltd.* [1989] 16 N.S.W.L.R. 582.

62 P. GILIKER, *Pre-contractual Liability in English and French Law*, cit., pp. 143-144, 151; M. LUNNEY, *Towards a Unified Estoppel – The Long and Windy Road*, in 239 *Conv.*, 1992, pp. 247-251.

63 Oliver J, en *Taylor Fashions Ltd. v. Liverpool Victoria Trustess Co. Ltd.*, cit.; al cual hace eco Goff L. en *Amalgamated Investment & Property Co. Ltd. v. Texas Commerce International Bank, Ltd.*, cit. V. anche: *Re Basham*, cit.; *Habib Bank v. Habib Bank AG* [1981] WLR 1265, 1285; *The Sioit Loyalty* [1993] 2 Lloyd's Rep. 281; *the Henrik Sif (Pacol Ltd. v. Trade Lines Ltd.* [1982] 1 Lloyd's Rep. 456; *Sledemore v. Dalby* (1996) 72 P & CR 196, 207; *Johnson v. Gore Wood & Co.* [2001] 1 All ER 481; *Banner Homes Group Plc. v. Luff Developments* [2000] Ch. 372.; *Attorney General of Hong Kong v. Humphreys Estate (Queen's Gardens) Ltd.* [1987] 2 W.R.L. 343, P.C.

64 *Baird Textiles Holdings Ltd. v. Marks and Spencer plc* [2002] 1 All ER (Comm) 737; en precedencia: *The Indian Endurance (No. 2) Republic of India and Others v. India Steamship co. Ltd.* [1997] 4 All ER 380; *First National Bank v. Thompson* [1996] Ch. 231, 236L; *Western Fish Products Ltd. v. Penwith District Council* [1981] 2 All ER 204, 218.

65 *AIP v. Texas Commerce*: "one general principle shorn of limitation" *Inwards v. Baker* [1965] 2 Q.B. 29, AC; *E.R. Investment Ltd. v. High* [1967] 2 Q.B. 379; *Crabb v. Arun District Council*, cit.; *Moorgate Mercantile Co. Ltd. v. Texas Commerce International Bank, Ltd.* [1976] Q.B. 225; *Amalgamated Investment & Property Co., Ltd. v. Texas Commerce International Bank, Ltd.*, cit. (apelación de Goff J.).

66 V. *Baird Textiles Holdings Ltd. v. Marks and Spencer plc.*, cit.; *The Indian Endurance (No. 2) Republic of India and Others v. India Steamship co. Ltd.*, cit. Actualizado el debate, es preciso señalar que desde el 1º de octubre de 2009 (fecha de entrada en vigencia del *Constitutional Reform Act*, 2005), y en deferencia a una visión más moderna de la separación de poderes, la *House of Lords* fue despojada de sus poderes judiciales en favor de una nueva institución, la *Supreme Court*.

formación. Como se ha sostenido con autoridad⁶⁷, el cambio de un remedio específico a una regulación que asuma el carácter de norma o de cláusula general –en caso de ser conveniente– correspondería, no a la jurisprudencia, sino al legislador⁶⁸.

Contra la fácil generalización de un principio (el del *unconscionability*) que no tiene la capacidad de guiar al juez hacia una correcta formación de la norma a aplicar, se ha manifestado la doctrina que se ha ocupado del *proprietary Estoppel* (Pawlowski, 1996, pp. 103-127)⁶⁹, considerando que esta institución intervenga para mitigar la *dura lex*, cuando esta no ofrezca soluciones adecuadas; pero sin tener en sí misma vocación por la generalización.

En conclusión, la relación entre buena fe y *estoppel* sigue siendo delicada y controversial. Ciertamente, ambos tienden a inhibir conductas contradictorias, o más genéricamente incorrectas, que induzcan a otros a actuar en su propio perjuicio. Pero, aparte de esta analogía de funciones, la buena fe de muchos sistemas jurídicos continentales tiene la naturaleza de una cláusula general, a la que se le asigna la aplicación del principio de no contradecirse a costa de los demás (Schwarz-Liebermann von Wahleendorf, 1971, p. 304)⁷⁰; el *estoppel*, en cambio, nace como remedio especial, y conserva de este la naturaleza y las características esenciales. Además, el *unconscionability* –concepto que, todos concuerdan, constituye la base del *estoppel*– es una noción que, históricamente, nos remite a la conciencia de la canceller, quien podía recurrir a ella usándola como criterio-guía confiado en su discrecionalidad productiva o integradora de normas, como medida de su propia moralidad (Spence, [s.f.], p. 410)⁷¹. Entonces, la noción de *unconscionability* conlleva todavía un elemento de subjetividad (así como de discrecionalidad creativa)

67 J. CARTWRIGHT, *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, cit., p. 5; ID., *Formality and Informality in Property and Contract*, in J. GETZLER, *Rationalizing Property, Equity and Trusts*, cit., pp. 36-37, donde el A. insiste en que también se podría prever la extensión del *promissory estoppel* para hacer vinculantes promesas no soportadas por la *consideration*; pero esto no debe pasar de una supuesta doctrina de la unidad de los *estoppels* (*unity of estoppel*). Especialmente el *proprietary estoppel* conserva su singularidad que deriva del hecho de que pertenece a la *law of property*.

68 Así MEGAW L. J. in *Western Fish Products, Ltd. v. Penwith D.C.*, cit.: “the creation of new rights and remedies is a matter for Parliament, not for judges”.

69 M. PAWLOWSKI, *The doctrine of Proprietary Estoppel*, cit., pp. 4 e 103-127.

70 Sobre la existencia de un principio de no contradecirse, como principio general del ordenamiento jurídico: H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Fondements et principes d'un ordre juridique naissant: essai de philosophie empirique du droit*, Mouton La Haye, Paris, 1971, p. 304.

71 G. SPENCE, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, cit., p. 410.

que la hace poco idónea para transformarse en fuente autónoma de obligaciones. Este elemento, por otro lado, aleja la *unconscionability* del concepto de buena fe, cláusula general actualmente libre de toda forma de subjetivismo, que se presenta hoy al juez de tradición romanística –en un sistema normativo coherente– tanto como una medida *objetiva* de búsqueda de la norma a aplicarse al caso concreto, gracias a la remisión a otras disposiciones, como una forma jurídica para valores sociales compartidos en el momento histórico de referencia.

4. *MÁS ALLÁ DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: LAS POSIBLES APLICACIONES DE LA CLÁUSULA GENERAL DE BUENA FE EN LA TUTELA DE LA CONFIANZA.*

En la tesis enunciada quisimos demostrar que los arts. 1337 y 1338 del Código Civil italiano imponen una regla de juego limpio, con el fin de proteger la confianza legítimamente depositada por la parte inocente. Estas normas podrán, por ende, ser consideradas expresión normativa del principio general de buena fe, fuente autónoma de una obligación calificable como diferente tanto de la fuente contractual como de la extracontractual, cuyos elementos constitutivos son: la prestación de obligaciones a cargo de una parte, efectuada por la ley (o, más en general, por el ordenamiento jurídico); la confianza traicionada, como hecho jurídico derivado del incumplimiento de dichas obligaciones; la aplicabilidad de la regulación contractual a la responsabilidad que se deriva. Esta reconstrucción permite la aplicación analógica de los arts. 1337 y 1338 del Código Civil a todas aquellas situaciones que tienen al menos dos caracteres en común con el caso aquí descrito, es decir, la *ratio* (no afectar la esfera jurídica de un sujeto) y los supuestos (la existencia de una relación privilegiada, pero no contractual).

Para comprender mejor estas afirmaciones será útil examinar algunos ejemplos, tomados de dos grupos distintos de casos tratados, en diversas épocas, por la Corte de Casación italiana.

4.1 RETICENCIA DOLOSA O CULPOSA.

Un primer grupo de casos se refiere a la aplicabilidad de los arts. 1337 y 1338 aun en situaciones en las que se haya celebrado un contrato perfectamente válido y eficaz⁷², pero en condiciones económicas desventajosas para una de las partes, como resultado de una reticencia dolosa o culposa de la otra. Más precisamente, se refiere a situaciones en las que el contrato nunca se hubiera celebrado por la persona afectada, o se hubiera celebrado en condiciones sustancialmente diferentes.

Se trata de hipótesis que se pueden clasificar en el problema más amplio de la recuperabilidad del daño puramente económico, vale decir, un daño contra el patrimonio, sin transgredir previamente un derecho a la persona o a la propiedad. Los casos en Italia que han planteado esta cuestión se refieren, en primer lugar, con la compra de un cuadro atribuido a un famoso pintor, y cuya falsa paternidad, que se detectó solo después de la adquisición, habría causado una pérdida económica al adquirente, el cual no habría consentido en la compra, o lo hubiera hecho, pero por un precio muy diferente⁷³.

El segundo tipo de caso se refiere a los intereses económicos de un empresario, que solicita información, de forma confidencial, al banco de un cliente sobre la cobertura de la cuenta de este, y recibe una respuesta errónea por parte del funcionario interpelado (*consulta de fondos*)⁷⁴.

Por último, un tercer tipo de casos se da cuando una sociedad matriz confirma por escrito, a una entidad bancaria u otra financiera, el control (actual y futuro) sobre la sociedad filial (*patronazgo informativo*)⁷⁵.

72 Casación, 8 de octubre de 2008, n. 24795, en *NJCC*, 2009, I, p. 205; Casación, Secc.Un., 19 de diciembre de 2007, n. 26725, cit.

73 Casación, 4 de mayo de 1982, n. 2765, en *Just. civ.*, 1982, II, p. 1745, con nota de A. DI MAJO; en *Foro it.*, 1982, I, c. 2864, con nota de F. MACARIO.

74 Casación, 1º de agosto de 2001, n. 10492, en *Daño y resp.*, 2002, p. 90, con nota de A. BATÀ, A. SPIRITO. Ver Casación, 9 de junio de 1998, n. 5659, en *Daño y resp.*, 1999, p. 56, con nota de G. PEDRAZZI, in *NJCC*, 1999, I, p. 410, con nota de G.G. PETTARIN, L. PONTI; en *Foro it.*, 1999, I, c. 661, con nota de L. LAMBO.

Ver en el ordenamiento inglés: *Hedley Byrne & co. Ltd v. Heller & Partners Ltd.*[1964] AC 465.

75 Casación, 27 de septiembre de 1995, n. 10235, en *Jurisp. it.*, 1996, I, 1, p. 737 ss.; en *BBTC*, 1997, II, p. 396, con nota de C. SEVERI, Lettere di patronage: *responsabilità por informazioni economiche inexactas*, *ibidem*, 538 ss. Casación, 25 de septiembre de 2001, n. 11987 y Trib. Palermo, 18 de enero de 2000, in *Daño y resp.*, 2002, p. 643 ss., con nota de F. SELOGNA.

En todas las situaciones descritas, la cuestión jurídica planteada consiste en cerciorarse si el daño al patrimonio sufrido por las personas involucradas (en el orden propuesto anteriormente: el comprador de la pintura con la falsa atribución, el empresario cuya factura quedó sin tramitar y, por último, la institución financiera que sufre la insolvencia de la sociedad financiada) puede ser compensado no en los términos y límites de la responsabilidad extracontractual (art. 2043 C.C. italiano), sino de conformidad con el art. 1337 C.C. italiano. Aunque la Corte de Casación ha reconocido a estos casos de responsabilidad de naturaleza delictual, la aplicación de la última norma mencionada parece más dedicada a evaluar la legitimidad de la confianza y la subsistencia de una responsabilidad, poseedora de naturaleza contractual, que tiene en cuenta la calidad de las partes y la situación de hecho creada por las relaciones privilegiadas descritas anteriormente, conforme a los arts. 1173, 1175 y 1337 del Código Civil italiano.

En apoyo de esta tesis, el Código Civil italiano ofrece algunas soluciones que excluyen la responsabilidad por reticencia dolosa del radio de acción de los vicios de la voluntad y del ámbito de la responsabilidad extracontractual, para integrarla en el circuito de una responsabilidad, de naturaleza contractual, derivada del incumplimiento de las normas de corrección en la conducta. El art. 1439, c. 2 C.C. italiano⁷⁶ impone, de hecho, una regla de conducta *al tercero* que hubiere suministrado información falsa a los contratistas, tal como para inducir a uno de ellos a celebrar el contrato en condiciones económicas desfavorables para él. Nuevamente: el art. 1440 C.C. italiano⁷⁷ excluye la nulidad del contrato viciado por dolo de una de las partes, cuando la parte que sufrió el perjuicio de todos modos habría celebrado el contrato, aunque en condiciones económicas más favorables para ella. La doctrina italiana considera que estas reglas también se aplican a los casos de *reticencia dolosa* e incluso *culposa*, y asumirían el título de “vicios incompletos del contrato” (Mantovani, 1995, pp. 125 y ss.)⁷⁸: en otros términos, los arts. 1439, c. 2, y 1440 del Código Civil serían una expresión normativa especial ulterior a la norma general de buena fe establecida en el art. 1175 C.C.,

76 Art. 1439 II I.C.C. DOLO. Cuando Los fraudes han sido utilizados por un tercero, el contrato es anulable si eran conocidos por el contrayente que se ha beneficiado.

77 Art. 1440 DC - INCIDENTE DE DOLO. Si los fraudes no eran tales como para determinar el consentimiento, el contrato es válido, aunque sin ellos se habría celebrado en condiciones diferentes; pero el contrayente de mala fe es responsable de los daños.

78 Véase recientemente: M. MANTOVANI, Vicios incompletos del contrato y remedio indemnizatorio, Turín, 1995, p. 125 y ss.

fuente de una obligación, de naturaleza contractual, a observar un comportamiento correcto y transparente en el curso de una relación privilegiada, con el fin de no traicionar la confianza legítima de los demás (Mazeaud, 2008, p. 476; Le Gac Pech, 2011, p. 1915)⁷⁹.

4.2. INFORMACIONES ERRADAS O INEXACTAS DIRIGIDAS A CONSUMIDORES E INVERSIONISTAS.

Un segundo grupo se refiere a diferentes casos cuyos protagonistas son los consumidores o inversionistas. Los primeros –derivados de la comunidad– se pueden encontrar hoy en el Código del Consumidor (Decretos Legislativos 06 de febrero de 2005, n. 206, especialmente el art. 52, en el tema de los contratos a distancia; art. 87, en el tema de la venta de paquetes turísticos organizados), en el art. 124 del Decreto Legislativo del 1º de septiembre de 1993, n. 385, Ley de Bancos⁸⁰, en materia de crédito de consumo, y en la reciente

79 En Francia, el problema de la obligación de informar se basa en la teoría de los vicios del consentimiento, y en particular de la “*reticence dolosiv*”, fuente de responsabilidad civil de conformidad con el art. 1382 Cod. Napoléon. Esto se explica en virtud de la ausencia de una cláusula general de buena fe apta para imponer una obligación de conducta transparente. S. LE GAC PECH, *Les Mystères de l'obligation d'information*, citada en Casación comer., 7 de junio de 2011, n. 10-13.622, en *Sem. Jur.*, 2011, p. 1915 “L'obligation d'information est-elle la manifestation d'un principe général de loyauté contractuelle s'imposant même lorsque ni la loi, ni le contrat ne la prévoit?”. En varias ocasiones la Corte de Casación francesa ha reconocido la existencia de deberes de información, independientemente de las intervenciones específicas de la ley o de obligaciones contractuales, es decir, fuera del caso de fraude como causa de nulidad del contrato. En otras palabras, de acuerdo con la Cour de Cassation la reticencia dolosa incidental concede a la víctima una acción por daños y perjuicios. Sin embargo, queda por aclarar la cuestión de si la víctima necesita (en este sentido: Casación Comer, 7 de junio de 2011, n. 10-13622, cit; Casación, 3ª civ, 25 de mayo de 2011, n. 09-16677, en *JurisData* n. 2011-009899, en *Juris - Classeur pér. G.*, 2011, p. 1141, n. 7, con notas de J. GHESTIN. V.J. GHESTIN, *La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur qu'elle a provoqué*, en *Juris - Classeur pér. G.*, 2011, p. 703) o no (en este último sentido, véase Casación, 1ª civ., 28 de mayo de 2008, n. 07-13487, en *Sem. Jur.*, 2011, p. 1915 con nota de S. LE GAC PECH: *JurisData*, n. 2008-044.118, en *Bol. civ.*, 2008, I, n. 154, en *Rev. der civ.*, 2008, p. 1118, con nota de D. MAZEAUD, en *Rev. Trim. dr. civ.*, 2008, p. 476, con nota de B. FAGES, en *Dr. et patrimoine*, 2009, n. 178, p. 127, con nota de P. STOFFEL-MUNCK) demostrar la intencionalidad dolosa de la contraparte. Este “*droit éitant*” (así: S. LE GAC PECH, *Les Mystères de l'obligation d'information*, cit., p. 1916) por parte de la jurisprudencia francesa no permite tratar de forma autónoma las obligaciones de información en relación con la teoría de los vicios del consentimiento.

80 Modificado por el art. 1 d.l.gs. 13 de agosto de 2010, n. 141 (modificado a su vez por el art. 1 d.l.gs. 14 de diciembre de 2010, n. 218), aplicativo de la Dir. De 23 de abril de 2008, n. 48, en materia de crédito al consumo.

Directiva sobre derechos de los consumidores⁸¹. Se trata de disposiciones a cuyo contenido puntual y detallado no corresponde una regulación remedial igualmente clara (Amato, pp. 80 y ss.)⁸². Tratándose de informaciones definidas como precontractuales por la propia ley, y que de todas formas deben suministrarse al consumidor antes de la celebración del contrato, la referencia al art. 1337 C.C. (por lo menos en lo que concierne a la aplicación de nuestro ordenamiento jurídico) parece obvio. Pero la pregunta es otra: si bien la intención del legislador (comunitario) es proteger a los consumidores contra prácticas comerciales consideradas desleales, tal vez sería más eficaz una tutela dirigida no a cargar a este último de derechos (a ser más que suficientemente informado), sino para responsabilizar al profesional, imponiéndole obligaciones (positivas) de comportamiento, siguiendo la lógica ya adoptada por la Directiva 2005/29, arts. 6 y 7, que establecen disposiciones contra las prácticas comerciales engañosas.

4.2.1. LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN EXIGIDAS POR LA LEY PARA PROTEGER A LOS INVERSIONISTAS.

En lo que concierne a la protección del inversionista profesional o personal, es oportuno distinguir la proveniencia de la información destinada a los inversionistas: en esta materia, de hecho, el problema de la información errónea, inexacta u omitida por completo que hubiere inducido a un sujeto no profesional a celebrar un contrato para la compra de títulos que posteriormente resultaren carentes de su valor nominal, no puede abordarse de una manera unificada (Castronovo, pp. 517 y ss.)⁸³. Las disposiciones relativas a la protección del inversor se pueden encontrar en el T.U.F. (Decreto-ley de 24 de febrero de 1998. n. 58, Ley Unificada de Finanzas), la cual impone a intermediarios (véase la Parte II del T.U.F., en particular, el art. 21, y los arts. 22, 26, 28 y 29 del Reglamento Consob. n. 11971 del 14 de mayo de 1999,

81 Dir 25 de octubre de 2011, n. 83 del Parlamento Europeo y del Consejo, en G.U.C.E.L. 304, 21 de noviembre de 2011, donde se prevé un régimen diferente para las informaciones precontractuales en los contratos a distancia y celebrados por fuera de los locales comerciales (art. 6); y en todos los otros contratos distintos de estos últimos (art. 5). Mientras que en los primeros las informaciones prenegociales de información se enumeran en detalle, y constituyen también parte integral del contenido del contrato; para los segundos se deja libertad a los Estados miembros de precisarlas, y en cualquier caso, no entran a formar parte del contenido del contrato.

82 Sobre el punto, permítaseme hacer referencia a C. Amato, *Por un derecho europeo contractual con los consumidores*, cit., pp. 80 y ss., 454 y ss.

83 Para una discusión detallada de las responsabilidades relacionadas con la información financiera, véase C. Castronovo, *La nueva responsabilidad civil*, cit., pp. 517 y ss.

y modificaciones subsiguientes), emisor, proveedores y eventuales garantes (arts. 94, 97, 103, c. 2, y 114 T.U.F.) una serie de obligaciones de información que, de ser incumplidas en fase previa a la compra de productos financieros, generan una obligación indemnizatoria a favor del inversionista que “hubiere confiado razonablemente en la veracidad y exactitud del prospecto” (art. 94, c. 8), tal como la Corte de Casación quiere que suceda cada vez que se infringen normas de conducta.

En lo que respecta a la oferta a la inversión pública de productos financieros, la circulación de un prospecto informativo engañoso tiene un efecto diferente y causa diferentes daños según involucre suscriptores de los títulos o compradores en el mercado secundario. Sobre la cuestión de la llamada “responsabilidad de prospecto” (Ventoruzzo, 2003, p. 248; Ferrarini, 1986, pp. 49 y ss.)⁸⁴ y, más en general, de la responsabilidad de las empresas que cotizan en bolsa de la difusión de información financiera falsa o incompleta, la compleja regulación se encuentra en la Parte IV, arts. 91 y ss. T.U.F.⁸⁵. El proceso de colocación de los títulos de deuda en el mercado “gris” (o primario) y en el mercado secundario es bastante complejo, ya que en esta

84 Define la responsabilidad de prospecto de un ‘sistema mixto en el que, de acuerdo con las partes implicadas y el caso en examen, puede ser necesario aplicar los principios de la responsabilidad contractual o de la extracontractual’: A. VENTORUZZO, *La responsabilidad de prospecto en los Estados Unidos de América entre reglas del mercado y mercado de las reglas*, Milán, 2003, p. 248. Califica como precontractual, reconociéndole naturaleza contractual, la responsabilidad de los suscriptores del prospecto, de los asesores financieros que actúen en nombre de una empresa de distribución, por las informaciones incorrectas o inexactas contenidas en los prospectos de emisión, G. Ferrarini, *La responsabilidad de prospecto*, Milán, 1986, p. 49 y ss., 57 y ss.

85 Todo el Capítulo I de la Parte IV, Título II del T.U.F. ha sido sustituido por el art. 3 del Decreto Legislativo del 28 de marzo de 2007, n. 51 (y sucesivas modificaciones), en aplicación de la ‘directiva de los prospectos’ (Directiva 2003/71/CE del Parlamento y el Consejo Europeos, 14 de noviembre de 2003), hoy modificada por la Directiva 2010/73/UE del Parlamento y el Consejo Europeos, del 24 de noviembre de 2010. Las nuevas regulaciones en materia de prospectos informativos han sido necesarias para mejorar y simplificar la difusión de los prospectos, aumentar la seguridad jurídica y al mismo tiempo reducir la carga burocrática, especialmente en favor de los pequeños y medianos emisores. Entre las innovaciones más importantes, se destaca el aumento en el límite máximo global de la oferta, por debajo del cual la Directiva no se aplica, 2,5 a 5 millones de euros; el aumento en el número mínimo de inversores necesarios para hacer circular el prospecto de 100 a 150.

La cuestión de la responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva se ha deferido a los Estados miembros, ya sea por la Directiva 2003/71 como por la Directiva 2010/73. La única imposición a los Estados se relaciona con la corresponsabilidad de más sujetos: emisor, directores, gerentes, posibles oferentes y garantes (art. 6 Dir. 2003/71).

En Francia, la ‘Directiva prospecto’ 2003/71 fue introducida por la Ley 26 de julio de 2005 no. 2005-842, que modificó el Code Monétaire et Financier (Livre IV) y el Règlement Général dell’Autorité des Marchés Financiers. Al igual que en muchas legislaciones que han implementado la ‘directiva prospecto’, no se define la naturaleza de la responsabilidad; ni tampoco se establecen límites a las pretensiones indemnizatorias. La lacónica referencia a la responsabilidad civil sugiere una responsabilidad de naturaleza extracontractual.

operación hay muchos profesionales autónomos implicados⁸⁶: los *managers* o los *lead managers* financieros institucionales (por lo general son grandes bancos de inversiones), responsables del procedimiento de emisión de los títulos; el consorcio de suscriptores, el grupo más amplio de instituciones financieras que acuerdan suscribir la emisión de títulos; por último, los intermediarios, con la tarea de llegar a los clientes privados en el mercado secundario (*selling group*). Es esta última, sin embargo, la fase más delicada, en la que el riesgo de la operación financiera se distribuye por los intermediarios/distribuidores sobre los inversionistas en el mercado secundario; pero es también la etapa más remota respecto del análisis y la valoración de los títulos colocados, que ya se ha hecho (o se debería haber hecho) durante la primera fase descrita anteriormente, es decir, en el momento de la emisión, cuando los involucrados son los sujetos cuyos servicios profesionales tienen por objeto específico la valoración de la empresa y la elaboración de un prospecto informativo de emisión (*offering circular*) que contiene una serie de informaciones financieras técnicas y detalladas respecto de los títulos para el mercado “gris”. Más precisamente, mientras que durante la primera fase de la emisión y en el curso de la oferta de los títulos de deuda los *lead managers* proporcionan información específica, la información contenida en el prospecto de emisión no se traslada y transmite de forma igualmente exhaustiva en el curso de la colocación a través del prospecto informativo (*offering circular*). Por ejemplo: cuando los títulos de deuda se transfieren a los inversionistas por los intermediarios, se les entrega solo un *abstract* modesto y limitado del prospecto de emisión, respecto del cual no tienen ninguna posibilidad de verificación. En otras palabras, del prospecto informativo destinado al mercado secundario se eliminan todas las informaciones financieras y los detalles técnicos –contenidas en cambio en la *offering circular* original redactada y distribuida por los *lead managers*– respecto de los títulos. Cabe señalar que en el caso de ofertas de suscripción de productos financieros destinados a la inversión pública, el art. 97, c. 3, T.U.F. impone a la sociedad oferente la revisión obligatoria del estado financiero anual y consolidado, preparado por la firma de auditoría encomendada. En el caso de que los auditores externos debieran emitir un juicio o relación negativa sobre el estado financiero, la colocación de títulos no puede tener lugar. Sin embargo, además de las sanciones penales (arts. 175 a 179 T.U.F.), el propio T.U.F. no prevé remedios civiles específicos en el caso de informaciones incorrectas hechas por los auditores externos, como si la circulación de información inexacta por parte de estos últimos tuviera un

86 G. FERRARINI, *La responsabilidad de prospecto*, cit.

impacto significativo –bajo el perfil del incumplimiento– sobre la empresa auditada (dada la anterior relación de negocios entre las dos empresas), pero un impacto débil sobre terceros inversionistas (art. 164 T.U.F.). Finalmente, también intervienen en el proceso de emisión las llamadas agencias de *rating*, cuya tarea específica es formular un juicio global sobre la fiabilidad financiera de la sociedad emisora, expresado en cifras y palabras comprensibles para el público al que se dirigen, es decir, los inversionistas no profesionales. El juicio autorizado de una agencia de *rating* se deriva a su vez del perfil profesional de los analistas financieros que allí trabajan, y de los procedimientos estandarizados que adoptan para llegar a la valoración final de la sociedad emisora. En el caso del *rating* “solicitado”⁸⁷, los analistas financieros establecen una relación privilegiada con sus propios clientes, con los cuales mantienen un estrecho contacto durante el proceso de valoración, pero también en las etapas posteriores de revisión/corrección de la valoración original. Durante este período de estrecho contacto los analistas adquieren un profundo conocimiento sobre la situación financiera de sus clientes, gracias también a la adquisición de numerosas informaciones confidenciales que –a pesar de que no se puede hacer circular entre el público inversionista– contribuyen a la formulación del juicio definitivo dictado por la agencia de *rating* sobre la sociedad emisora y sobre los títulos emitidos por esta. Dicho juicio definitivo no tiene en cuenta solo los estados financieros anuales o consolidados, sino que se basa en consideraciones discrecionales derivadas del profundo e íntimo hurgar entre las actividades de la empresa. Consideremos, por ejemplo, la información que se relaciona con un procedimiento de patente de una invención industrial de un nuevo producto revolucionario; o una posible adquisición; o simplemente una información confidencial relativa a la evaluación del *management*⁸⁸. Es claro que toda esta información –aunque ciertamente no puede ser divulgada en el mercado de los inversionistas financieros– determina el juicio definitivo de los títulos valorados por los analistas, lo que a su vez afectará el comportamiento de muchos participantes del mercado financiero; no menos

87 El *rating* no solicitado es cuando la valoración no ha sido solicitada por una empresa, sino que la agencia de *rating* es la que, de forma independiente, procede a la evaluación de los títulos con el fin de promover su propio perfil profesional en los mercados financieros. En este caso, no se crea ninguna relación contractual o fiduciaria entre la agencia de *rating* y el emisor, y la misma valoración se realiza sobre la base de las informaciones genéricas disponibles en el mercado para todos los operadores financieros. Debido a que se trata de una valoración menos precisa y confiable que la del *rating* solicitado, es correcto que se atenúe la responsabilidad de la empresa que la efectúa.

88 Este procedimiento fue aprobado y estandarizado por los Basel Agreements, 2004, por los cuales se adoptaron los “*Core Principles*” para the Effective Banking Supervision.

importante, de los propios clientes de las entidades de *rating*, sus acreedores e inversionistas (Marianello, 2008, p. 635)⁸⁹.

Como se ha visto, en los procedimientos de emisión y colocación de los títulos, diferentes son, por tanto, los sujetos involucrados, y diferentes los asuntos jurídicos suscitados. Al examinar el problema de la responsabilidad derivada de las obligaciones de información impuestas por la ley, puede haber dos grupos separados de situaciones. Por un lado, las situaciones en las que la información engañosa llega a los inversionistas en el mercado secundario, induciéndolos a celebrar un contrato de inversión en productos financieros que nunca habrían adquirido si hubieran sido debidamente informados. Este tipo de situaciones, en cuanto lesionan la confianza legítima de los inversionistas transgrediendo las obligaciones de información impuestas por la ley, expresión de una disposición más general de comportamiento leal y correcto impuesta a los individuos que participaron en la emisión, pueden subsumirse en el cauce de la responsabilidad de que trata el art. 1337 C.C., y participan emisores y, eventualmente, en la emisión de bonos, también el grupo de *managers*, *lead managers* y el consorcio de los suscriptores; intermediarios; agencias de *rating*, autoridades de vigilancia.

Por lo que se refiere a la responsabilidad a cargo de emisores, proveedores y eventuales garantes (categorías que incluyen los protagonistas del proceso de emisión, sobre todo de carácter obligacional), los párrafos 8 a 11 del art. 94 T.U.F. establecen la responsabilidad de las personas mencionadas “cada cual con respecto a las partes de su propia competencia”. Las disposiciones citadas parecen confirmar la tesis a veces sugerida en la jurisprudencia⁹⁰ y la doctrina sobre la naturaleza precontractual de la responsabilidad sobre el prospecto, que goza de una regulación en parte similar a la contractual (distribución de la carga de la prueba a cargo del intermediario responsable de la colocación); en parte “special” (cinco años de prescripción, de conformidad con el art. 94, c. 11) (Sangiovanni, 2010, p. 880; Visintini, 2009, p.

89 M. MARIANELLO, *La responsabilidad de la agencia de rating frente a los terceros inversionistas*, en *Resp. civ.*, 2008, p. 635.

90 Trib. Milán, 11 de enero de 1988, in *Jur. comer.*, 1988, II, p. 585, con nota de G. FERRARINI, *Investment banking, prospectos falsos y culpa en contrahendo*; Trib. Milán, 25 de julio de 2008, in <http://www.ilcaso.it>

795; Giuici, 2008, p. 217)⁹¹. La Corte de Casación, de hecho, ha propuesto recientemente una interpretación diferente, aunque no directamente relacionada con la normativa antes mencionada, que aún no entraba en vigor en la época de los hechos (Anelli, 2011, p. 621)⁹². Según la Corte Suprema, la referencia al art. 1337 C.C. no sería útil en el tema de los prospectos informativos: no sería, de hecho, reconocible una verdadera negociación en el caso de ofertas públicas de compra, venta o canje de instrumentos financieros, por cuanto el adherente no se decidiría a celebrar el contrato sobre la base de una relación precisa con el emisor, sino en virtud de noticias encontradas en el mercado.

En cuanto a la responsabilidad de las agencias de *rating*, como hemos visto antes, su papel puede compararse con el de los intermediarios financieros, cuya principal tarea es la de facilitar el encuentro entre oferta y demanda de productos financieros, y cuyas obligaciones principales se describen en la parte II del T.U.F. (Véase en especial el art. 21). Si, por lo tanto, el papel desempeñado por las agencias de *rating* es la de actuar como intermediarias de la información financiera, una vez que sus juicios hayan llegado al mercado secundario deberían esperar que los intermediarios, para la colocación del título, y por supuesto los propios inversionistas, confíen razonablemente en las valoraciones expresadas en el *rating*. Sin embargo, a la obligación de prestar la mayor diligencia en la ejecución de la prestación impuesta por el T.U.F. le sigue una exención expresa de la obligación de informar, así como de evitar el conflicto de intereses (art. 14 l. 2005/62, que modificó el art. 114 T.U.F.). Doctrina (Carbone, 2002, p. 109; Monti, 1995, p. 16; Facci, 2007, p. 679; Mazzoni, 2002, p. 232)⁹³ y jurisprudencia⁹⁴, en verdad, han expre-

91 Sobre la regulación de la responsabilidad de prospecto en el T.U.F., véase: V. SANGIOVANNI, *La nueva responsabilidad de prospecto en el art. 94 T.U.F. en Jur. mérito*, 2010, pp. 880 y ss. E. Macchiavello, *La responsabilidad de prospecto de los intermediarios financieros*, en G. Visintini (dir.), *Tratado de la responsabilidad contractual*, II, Padua, 2009, p. 795 y ss. P. Giuici, *La responsabilidad civil en el derecho de los mercados financieros*, Milán, 2008, pp. 217 y ss. S. Bruno, *La (¿nueva?) responsabilidad de prospecto hacia el público*, BBTC, 2008 I, pp. 785 y ss.

92 Casación, 11 de junio de 2010, n. 14056, en *Las Sociedades*, 2011, pp. 411 y ss., con nota de A. Anelli, *La responsabilidad de prospecto entre novedades legislativas y sentencias de la Corte Suprema*, en *Daño y resp.*, 2011, p. 621, con nota de G. AFFERNI, *La responsabilidad de prospecto: naturaleza, daño indemnizable y nexo de causalidad*.

93 V. Carbone, *La responsabilidad de los intermediarios*, en *Daño y resp.*, 2002, p. 109; A. Monti, *Las asimetrías informativas y las actividades de rating: una propuesta para Italia*, en *Banca*, 1995, p. 16; G. Facci, *El rating y la circulación de productos financieros: perfiles de responsabilidad*, en *Resp. Civ.*, 2007, p. 679; C. Mazzoni, *Observaciones sobre el tema de la responsabilidad civil de los analistas financieros*, en *Análisis jur. econ.*, 2002, p. 232.

94 Trib. Pinerolo, 14 de octubre de 2005; Trib. Cagliari, 2 de febrero de 2006; Trib. Cosenza, 1º de marzo de 2006; Trib. Milán, 24 de abril de 2006; Trib. Catania, 5 de mayo de 2006; Trib. Parma, 24 de mayo de 2007; Trib. Florencia, 6 de julio 2007: En <http://www.ilcaso.it>.

sado un juicio por demás crítico sobre esta disposición, indicando más bien un camino que conduce a la imputabilidad de la conducta negligente de tales personas pasando, sin embargo, por distintos grados de responsabilidad, en función del tipo de relación que se establece con el cliente. En particular, en el caso del *rating* solicitado, la existencia de una relación contractual anterior entre los analistas financieros y la sociedad emisora hace más directo el daño sufrido por los terceros inversionistas, si la valoración resulta ser incorrecta, tardía o incompleta, y más fácilmente susceptible de protección la razonable confianza decepcionada.

Descendiendo del mercado “gris” al secundario, otras leyes se han ocupado de las obligaciones de información de los intermediarios financieros: el art. 2339, n. 3 C.C. (Ferrarini, p. 57)⁹⁵ y, por último, la parte II del T.U.F., y en particular sus arts. 21 (y 211 *lit. a*)⁹⁶, los arts. 26, 28 y 29 del Reglamento Consob n. 11522 de 01 de julio de 1998. Como es sabido, luego de innumerables cambios (véase por último, l 2007/164.), estas normas imponen a los intermediarios tres obligaciones principales: *i*) la obligación de diligencia, conducta correcta y transparencia, en interés de los individuos privados del mercado; *ii*) la obligación de informar a los inversionistas, y de adquirir la información necesaria sobre su perfil financiero y actitud ante el riesgo (*know your client rule* o *suitability rule*: arts. 39, 40 reg Consob. n. 16190/2007) (Greco, 2008, p. 2556; Guernelli, 2009, p. 360; Salatino, 2009, p. 201)⁹⁷; *iii*) la obligación de publicitar los productos financieros de una manera clara, transparente y no engañosa. A pesar de la claridad de las disposiciones citadas, una vez más, la ley no hace referencia específica a la naturaleza y a la regulación de la responsabilidad derivadas de estas obligaciones. Es ya conocida la “mescolanza” de remedios (Roppo, 2005, pp. 896 y ss.)⁹⁸ planteada por la jurisprudencia de mérito, especialmente en la resolución de las controversias surgidas a raíz de los escándalos financieros Cirio (Roppo, 2006,

95 G. Ferrarini, *La responsabilidad de prospecto*, cit., p. 57 y ss.

96 En aplicación de la Dir. del 4 de noviembre de 2003, n. 71 (directiva ‘prospecto’).

97 F. GRECO, *Intermediación financiera: Remedios y adecuación en la práctica*, en *Resp. Civ. y prev.*, 2008, pp. 2556 y ss. Sobre la *‘suitability rule’* y *‘know your customer rule’*, véase también: R. BRUNO, *La experiencia del inversionista y la información “adecuada” y “necesaria”*, en *Jur. comer.*, 2008, II, p. 389; M. GUERNELLI, *La intermediación financiera entre tutela del mercado, legislación de protección de los consumidores y orientación jurisprudencial*, en *Jur. comer.*, 2009, II, p. 360; G. SALATINO, *Variedades de de contratos de swap del “operador calificado” al “cliente profesional”: la decadencia de las declaraciones “autorreferenciales”*, en *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 201.

98 Así V. ROPPO, *La tutela del inversionista entre nulidad, terminación y compensación (es decir, la mescolanza de los remedios contractuales)*, en *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 y ss.

pp. 338-364; Fabiano, 2007, 93-116)⁹⁹, Parmalat (Ferrarini, Giudici, citado en Armour, Mccahery, 2006)¹⁰⁰ y bonos argentinos¹⁰¹. La jurisprudencia ha oscilado entre la solución drástica de la nulidad virtual del contrato de compra de los bonos basura por incumplimiento de normas imperativas (Vigo, 2005, pp. 672-674; Perinu, 2004, pp. 100-101)¹⁰² o por vicio de forma¹⁰³; y nuevamente entre el incumplimiento importante según el art. 1455 C.C

99 Trib. Génova, 18 de abril de 2005; Trib. Génova, 15 de marzo de 2005 y Trib. Mantua, 1º de febrero de 2004, en *Daño y resp.*, 2005, p. 604, con nota de V. ROPPO, *La tutela de los inversionistas entre nulidad y terminación (a propósito de bonos Cirio y bonos tango)*; Trib. Trani, 30 de mayo de 2006; Trib. Tarento, 27 de octubre de 2004, BBTC., 2007, III, pp. 338-364, con nota de P. E. FABIANO, *La negociación de bonos y las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información del intermediario entre responsabilidad por incumplimiento y nulidad del contrato*; Trib. Trani, 7 de septiembre de 2005, 21 de julio de 2005, 10 de junio de 2005, BBTC, 2007 I, pp. 93-116, con nota de DI M.T. PARACAMPO, *Las obligaciones de adecuación en la prestación de los servicios de inversión*.

100 La misma situación ocurrida con los bonos Cirio se ha reavivado con el caso Parmalat, cuyo estado de insolvencia habría estallado en el 2000. Bancos italianos e internacionales estuvieron involucrados en el colapso financiero del grupo, porque habían colocado las obligaciones Parmalat con inversionistas privados aún teniendo conocimiento del grave endeudamiento en se hallaba el grupo. Una vez más, el riesgo de la insolvencia de Parmalat se descargó en los inversionistas privados, mientras que los bancos se deshicieron de todos los títulos sin valor nominal. Trib. Venecia, 17 de octubre de 2005, en *Jur. comer.*, 2007, II, p. 1252 con nota de C.A. RUSSO, *El caso Parmalat: entre el conflicto de intereses del lead manager y la tutela indemnizadora*. Ver también: G. FERRARINI, P. GIUDICI, *Escándalos financieros y el Role of Private Enforcement: el Caso Parmalat*, en J. ARMOUR, J.A. MCCAHERY (ed.), *After Enron: improving corporate law and modernising securities regulation in Europe and the United States*, Hart, Oxford, 2006.

101 Véase con referencia a los bonos argentinos: Trib. Mantua, 18 de marzo de 2004, en BBTC, 2004 II, p. 440 con nota de D. MAFFEIS, *Conflicto de intereses en la prestación de servicios de inversión: la primera sentencia sobre la venta de bonos argentinos a inversionistas*; en *Jur. comer.*, 2004, II, p. 690, con nota de E. SCIMENI, *La primera sentencia italiana sobre la venta de bonos tango*; Trib. Venecia, 22 de noviembre de 2004, en *Contratos*, 2005, p. 5, con nota de D. MAFFEIS, *El deber de asesoramiento al cliente en los servicios de inversión y la extensión del modelo al crédito al consumidor (bonos argentinos, nulidad por conflicto de intereses)*. Ambas sentencias se leen también en *Daño y resp.*, 2005, p. 614. Trib. Florencia, 30 de mayo de 2004, en *Resp. civ. y prev.*, 2005, p. 136 (sobre títulos valores “reverse convertible”); Trib. Milán, 6 de junio de 2005, Trib. Ferrara, 25 de febrero de 2005 en *Contratos*, 2006, p. 12; Trib. Florencia, 19 de abril de 2005, en *Corr. Jur.*, 2005, p. 1279; Trib. Avezzano, 23 de junio de 2005, Trib. Palermo, 26 de marzo de 2005, ambas en *Foro it.*, 2005 I, c. 2536.

102 Ver nota precedente.

En la doctrina no faltan soluciones imaginativas, en las que se plantea la nulidad relativa, cuya acción solo puede ejercer el inversionista, por violación de la integridad del mercado: R. VIGO, *La reticencia del intermediario*, en BBTC, 2005, p. 672-674; A. PERINU, bonos en default, *bancos e inversionistas: contrastes entre jueces sobre las responsabilidades*, en *Der y just*, 2004, 46, pp. 100, 101.

103 Trib. Génova, 15 de marzo de 2005, in *Daño y resp.*, 2005, p. 609.

(Pisani Massamormile, 2005, pp. 777-779)¹⁰⁴; o más bien la responsabilidad precontractual (Lucchini Guastalla, 2005, pp. 440 y ss.)¹⁰⁵. Por otro lado, bajo el perfil de los remedios, el Decreto Legislativo n. 164/2007 (aplicación de la Dir. 2004/39 UE sobre la regulación de los mercados financieros) no había ofrecido ninguna solución: como sucede a menudo en la legislación de origen comunitario, en la directiva citada el legislador de Bruselas no ha apoyado la regulación uniforme de la definición de la transparencia de la información contenida en el prospecto (armonización de los estándares y los módulos informativos), una similar uniformidad de los remedios civiles, respecto de los cuales no se definen ni la naturaleza ni las modalidades de identificación de los sujetos pasivos en la acción indemnizatoria (Giuliani, 2005, p. 330)¹⁰⁶. La Dir. 2006/123 relativa al mercado de servicios tampoco contiene luces sobre el problema de los remedios futuros en el caso de incumplimiento de obligaciones de información impuestas al profesional. Después de los casos mencionados, Cirio, Parmalat y *bonos* argentinos, este tema fue abordado nuevamente por el legislador, quien –con l. n. 262/2005, art. 11, c. 2– insertó el art. 100 *bis* en el T.U.F., dirigido expresamente a la circulación de los productos en el mercado financiero, en el caso de la exhortación a la inversión pública. De acuerdo con la citada norma, una oferta al público de productos financieros originalmente dirigida a inversionistas institucionales, es *inválida* si no va acompañada por un prospecto informativo. Este defecto estructural puede ser invocado por los inversionistas privados que actúen por fuera de los objetivos profesionales respecto de los intermediarios financieros (bancos, en particular) responsables de haber violado la ley a través de la co-

104 Trib. Génova, 2 de agosto de 2005, en *Daño y resp.*, 2005, p. 618; Trib. Roma, 25 de mayo de 2005, en *Corr. jur.*, 2005, p. 1282; Trib. Milán, 25 de julio de 2005, NJCC, 2006 I, p. 593, con nota de M. DELLACASA, Negociación de títulos valores e insolvencia del emisor: ¿qué tutela hay para el inversionista que no reciba suficiente información?

Considera que se debería más bien hablar de incumplimiento por falta de información: A. PISANI MASSAMORMILE, *Emisiones de bonos y responsabilidad de los intermediarios*, en BBTC, 2005 I, pp. 777-779.

105 Solución defendida por una atenta doctrina legal: V. ROPPO, *La tutela del inversionista entre nulidad y terminación (a propósito de bonos Cirio y bonos Tango)*, cit. p. 629; Casación 29 de septiembre de 2005, no. 19024, cit., P. 25; Trib. Tarento, 27 de octubre de 2004, en *Der y jur.*, 2004, n. 46, p. 102 y ss. Véase también E. LUCCHINI GUASTALLA, Daño a los inversionistas y responsabilidad de las autoridades de vigilancia y los intermediarios financieros, en *Resp. civ. y prev.*, 2005, p. 40 y ss. (el A. crítica las sentencias de mérito del Trib. Mantua, 18 de marzo de 2004 y el Trib. Florencia, 30 de mayo de 2004; Trib. Venecia, 22 de noviembre de 2004, cit. para apoyar, en cambio, la tesis de la responsabilidad precontractual).

106 F. GIULIANI, *Acceso equitativo a la información y duty of care en los prospectos informativos*, en *Contr. impr./ Europa*, 2005, p. 330.

locación en el mercado secundario de títulos originalmente destinados a los inversionistas institucionales.

Al mismo tiempo, sin embargo, las Salas Plenas de la Corte de Casación¹⁰⁷ habían resuelto de otra manera el problema del correcto remedio civil: confirmaban la tradicional separación entre normas de conducta y normas de validez; retornaban al cauce de las primeras la normativa sectorial respecto de las obligaciones de información de los intermediarios (en el momento de los hechos del caso, el art. 6 l. n. 1/1991); distinguían entre tales obligaciones aquellas precontractuales, impuesta al intermediario, *con anterioridad* a la celebración del contrato de “mandato” (o contrato marco), y los asumidos en el contrato de mandato a través de la integración jurídica realizada por la normativa para el sector, y por tanto, inherente a la fase de ejecución de la prestación; admitían, en consecuencia, *también* la rescisión del contrato de intermediación financiera por incumplimiento importante según el art. 1455 C.C., además de la indemnización de los daños y perjuicios en virtud de los principios generales sobre el incumplimiento contractual. En resumen, según la Corte de Casación, la responsabilidad del intermediario será de naturaleza precontractual si la información incorrecta se realizó antes de la celebración del contrato de inversión; será, en cambio, contractual si la misma información se difundió en una fecha posterior a la celebración y durante el curso de ejecución del contrato. En ambos casos, el remedio a favor del inversionista defraudado será de tipo indemnizatorio: en los límites del interés negativo, en la primera situación; también cubrirá el interés positivo en la segunda situación.

En opinión del autor, las disposiciones del T.U.F. crean –en las situaciones descritas anteriormente– una relación directa entre la cláusula general de buena fe (expresada en el art. 1337 C.C.) y los intereses seleccionados por el legislador (art. 5 T.U.F.: salvaguarda de la confianza en el sistema financiero; tutela de los inversionistas, estabilidad, buen funcionamiento, competitividad del sistema financiero, cumplimiento de las disposiciones en materia financiera), identificando a la vez aquellas circunstancias relacionales en las cuales una manifestación imputable a “ligereza, superficialidad, falta de atención” de una persona profesionalmente calificada induzca a otro a actuar en perjuicio propio. Circunstancias que hacen referencia a una responsabili-

107 Casación, Secc. Un. 19 de diciembre de 2007, n. 26724, en Daño y resp., 2008, p. 525, con nota de V. ROPPO, *La nulidad virtual del contrato después de la sentencia Rordorf*; y F. BONACCORSI, Las secciones unidas y la responsabilidad de los intermediarios financieros.

dad indemnizatoria dirigida a proteger la confianza onerosa del inversionista causada por el incumplimiento de una norma de conducta prescrita por el propio legislador, exonerando al juez de la carga de “medir” la cercanía de la relación, sino en términos de nexo de causalidad entre la conducta incorrecta y el daño sufrido por el depositario de la confianza. En el caso específico de la responsabilidad del prospecto informativo la valoración de proximidad (entre la ligereza del emisor, o de otros sujetos involucrados, y la compra de títulos depreciados por el inversionista) ya fue hecha por la ley (art. 94, C.C. 8-11 T.U.F.). A la víctima no le queda más que alegar el daño económico sufrido: la “relación privilegiada” en la que se encuentran los sujetos descritos bien se presta a la aplicación por analogía de la regulación que tiene origen en la relación contractual.

5. EL PROBLEMA DE LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS.

La cuestión más delicada suscitada –y no del todo resuelta– por la responsabilidad por la confianza es la cuantificación de los daños causados al titular de los intereses que se desea tutelar. En verdad, se está en presencia de unos daños cuya naturaleza y alcance depende de la cercanía de la relación existente entre quien ha incumplido la norma de conducta y quien ha sido afectado, y no de la naturaleza de los intereses afectados.

En los casos paradigmáticos de contacto social identificables en el ámbito de una relación de tipo precontractual, a los que pueden equipararse aquellos que se caracterizan por el incumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la ley, incluso sin tener en cuenta la futura estipulación, entre las partes involucradas, de una relación de negocios, el inicio de las negociaciones (art. 1337 C.C.), la existencia de un contrato ya formado (art. 1338), o la propia ley (arts. 1439, c. 2 y 1440 C.C., T.U.F., cod. cons.) constituyen indicios de una relación privilegiada, aunque existente (o reconocida como existente) entre dos partes. En consecuencia, el daño sufrido por el depositario de la confianza, incluso resultante de la lesión a un interés moral (“el interés en no sufrir una conducta incorrecta”)¹⁰⁸ (Castronovo, p. 37) se traduce en una disminución patrimonial que –como se ha dicho muchas veces– no debe tomar en cuenta un contrato eventualmente celebrado,

108 C. CASTRONOVO, *Culpa vaga* in contrahendo: *invalidéz, responsabilidad e la búsqueda de la oportunidad perdida*, cit., p. 37.

ni las consecuencias del incumplimiento (no habiendo prestación principal); pero sí debe tomar en consideración el menor beneficio o la mayor carga económica sufrida por la parte inocente, así como la pérdida de oportunidades, siempre que sean inmediata y directa consecuencia del incumplimiento de una norma de conducta por parte del profesional (el llamado “interés negativo”)¹⁰⁹.

Interesante en este aspecto la trayectoria seguida por la jurisprudencia y la doctrina francesas. Hasta el 2003 la jurisprudencia francesa, especialmente de apelaciones¹¹⁰, con el apoyo de gran parte de la doctrina (Malaurie, Aynès, & Stoffel-Munck, 2003, n. 464; Viney, 1995, n. 198; Le Tourneau & Cadiet, 2002, n. 842; Laude, 1992, n. 843; Terré, Simler & Lequette, 2002, n. 185; Mestre, 2000, p. 9; Jourdain, 1996, n.13)¹¹¹, consideraba indemnizable un lucro cesante particular, es decir, la pérdida de la *posibilidad* de celebrar el contrato. La intervención de la *chambre commerciale* de la *Cour de Cassation*, seguido por la *chambre civile* en 2006, eclipsó este concepto de daño: en nombre de la libertad de no celebrar un contrato, no sería indemnizable la pérdida de la posibilidad de llegar a un acuerdo, por cuanto no sería posible probar el nexo de causalidad entre el daño alegado y el contrato no celebrado (Leveneur, 2006, p. 1858; Libchaber, 2006, p. 166; Stoffel-Munck, 2006, p. 1069; Mazeaud, 2006, p. 1069; Deshayes, 2006, p. 754; Dupré-Dalle-magne, 2004, p. 80; Mestre & Fages, 2004, p. 163, Viney, 2004, p. 738)

109 Ver *ex plurimis* Casación, Secc. Un., 19 de diciembre de 2007, n. 26725, cit.; Casación, 29 de septiembre de 2005, n. 19024, cit.

110 Tribunal de Apelación de Versalles, 1º de abril de 1999, en *Rev. jur. der. neg.*, 1999, n. 1285; Tribunal de Apelación de París, 10 de marzo de 2000, *Juris-Classeur pér.*, 2001 II, p. 10470, con nota de F. VIOLET; Tribunal de Apelación de Lyon, 6 de junio de 2002, en *JurisData*, n. 184338; Tribunal de Apelación de Versalles, 25 de septiembre de 2003, en *Juris-Classeur pér.*, 2004, n. 384, con nota de P. MOUSSERON.

111 P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, París, 2003, n. 464; G. VINEY, *Traité de droit civil*, en J. GHESTIN (dir.), *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, París, 1995, n. 198; D. MAZEAUD, *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée*, cit., n. 21; P. CHAUVEL, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, cit., p. 45 ss.; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Parigi, 2002, n. 842; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1992, n. 843; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz, Parigi, 2002, n. 185; J. MESTRE, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, in *Petites affiches*, 2000, p. 9; P. JOURDAIN, *Responsabilité précontractuelle*, in *J.-Cl. Contrats Distribution*, 1996, n. 13.

¹¹². De manera más precisa, ya que la culpa según el art. 1382 *code napoléon* no consiste en la ruptura de las negociaciones, incluso si llegan a una etapa avanzada –porque se sigue confirmando el derecho al desistimiento unilateral de las negociaciones –, sino que consiste en la incorrección y la irracionalidad del desistimiento, la indemnización de los daños no puede cubrir una *posibilidad* (la celebración del contrato de venta) que no tenga una relación causal directa con el desistimiento de las negociaciones. Y de hecho, si hubiere una *posibilidad*, esta consiste en llevar a cabo las negociaciones, no en celebrar el contrato. La orientación de la última jurisprudencia francesa citada se confirma en el proyecto de reforma de la Cancillería: “*Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet des compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu*” (art. 20, c 3.)¹¹³. En cuanto a los criterios para la determina-

112 Casación, 3ª civ., 7 de enero de 2009, n. 07-20783, en *Rev. des contrats*, 2009, p. 480, con nota adhesiva de Y.-M. LAITHIER, *Une confirmation: la rupture fautive des pourparlers ne permet pas d'obtenir l'avantage escompté de la conclusion du contrat avorté*; véase también comentario de J.-B. SEUBLE, *L'indemnisation de la faute précontractuelle*, *ibid.*, p. 1108. A raíz del fracaso repentino e injustificado de las negociaciones para la cesión de un local comercial ya arrendado al arrendatario, comprador potencial junto con un tercero, el arrendatario y el tercero exigieron al propietario-arrendador daños y perjuicios por culpa, de conformidad con el art. 1382 *cod nap.* El lucro cesante alegado por el arrendatario y el tercero consistía en la pérdida de la oportunidad de comenzar, en el local objeto de la cesión fallida, de un proyecto comercial. Mientras que el Tribunal de Apelación de Douai confirmaba la instancia, considerando fundada la petición de ver compensada la pérdida de la oportunidad de hacer efectiva la utilidad que los recurrentes tenían la esperanza de lograr a través de la cesión de los locales comerciales, la *Cassation*, en la sentencia en examen, rechaza el argumento confirmando una orientación ya consolidada: «La faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne peut être la cause d'un préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion d'un contrat» Ver también: Casación, 3º civ., 28 de junio de 2006, en *Bol. civ.*, III, n. 164; en *Contrats, conc. consom.* 2006, n. 223, con comentario de L. LEVENEUR, *Faute dans l'exercice du droit de rompre: quel est le préjudice este réparable*; en *Defrénois*, 2006, p. 1858, con comentario de R. LIBCHABER; en *Juris - Classeur pér.* G, 2006, I, p. 166, n. 6, con comentario de P. STOFFEL-MUNCK; en *Rev. des contrats*, 2006, p. 1069, con comentario de D. MAZEAUD; en *Rev. des contrats*, 2006, p. 1069 y ss., con comentario de O. DESHAYES, *Rupture fautive des pourparlers*; en *Rev. Trim. dr. civ.*, 2006, p. 754, con comentario de J. MESTRE, B. FAGES; *ibid.*, p. 770, con comentario de P. JOURDAIN. Se trata de una sentencia conforme al famoso precedente *Manoukian*, cit. Véanse también las *arrêts* de 2003 de la *chambre commerciale*: Casación comer., 26 de noviembre de 2003, en *Rev. trim. dr. comer.*, 2004, p. 187 y ss. con nota de O. DESHAYES., *Le dommage précontractuel*; en *Rev. dr. civ.*, 2004, p. 257, con comentario de D. MAZEAUD; en *Recueil Dalloz*, 2004, p. 869, con comentario de A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE ; en *Rev. Trim. dr. civ.*, 2004, p. 80, con comentario de J. MESTRE, B. FAGES; en *Juris-Classeur pér.* G, 2004, I, p. 163, n. 18, con comentario de G. VINEY; *ibid.*, 2004, p. 738, con comentario de P. STOFFEL-MUNCK, donde se lee: «les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat».

113 No así en el anterior *avant-projet de réforme Catala*: art. 1104, c. 2, de hecho, no abordó la cuestión de la indemnización de daños y perjuicios, sino que se limitó a regular la responsabilidad por retiro de las negociaciones: «l'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties».

ción del lucro cesante Deshayes, 2008, n. 203, p. 4 y ss.)¹¹⁴, de acuerdo con una orientación de la jurisprudencia, con el apoyo de la doctrina, este nunca debería ser indemnizado, ya que ello equivaldría a negar la libertad “negativa” de celebrar un contrato, reconociendo efectos (indemnizatorios) a un contrato jamás nacido (Maurie, Aynès & Stoffel-Munck, 2003, n. 464)¹¹⁵. Una posición más posibilista es la de quienes consideran que en cuanto a la determinación del nexo causal entre lucro cesante y desistimiento de las negociaciones, le corresponde al juez evaluar las circunstancias del caso, por ejemplo: el estado de adelanto de las negociaciones¹¹⁶.

Con el fin de no reducir la indemnización a un “*peu de chagrim*” (Mazeaud, 2006, p. 1963)^{117 118}, la doctrina francesa se centra más en la noción de daño emergente, y no en una noción diferente de lucro cesante, no calibrada en el contrato jamás celebrado, sino sobre la pérdida de oportunidades que las negociaciones abortadas han causado (Deshayes, 2004, p. 187)¹¹⁹. El daño emergente incluye: el daño a la imagen comercial, la divulgación de información confidencial; los gastos incurridos, entendidos ya sea como costos de negociación (gastos de viaje, costos de diseño, costos para la adecuación de locales, adquisición de materiales, honorarios de consultores y contratación de personal); o como gastos derivados de la ruptura de las negociaciones. Ambos conceptos de gastos siempre serían indemnizables conforme a muchas jurisprudencias de mérito¹²⁰ y de acuerdo con una doc-

114 Especialmente en la medida en que admite la pérdida de oportunidad, se suscita el delicado problema de la acumulación de demasiados elementos de daño, en nombre del principio de reparación integral. Para la restricción especialmente de la pérdida de oportunidad, y en contra de la acumulación: O. DESHAYES, *La rupture des pourparlers*, en *Petites affiches*, 2008, n. 203, p. 4 y ss.; Id., *Le dommage précontractuel*, cit., § 13.

115 Véase en particular: P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., n. 464.i

116 G. VINEY, *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), *Introduction a la responsabilité*, cit., n. 198; J. MESTRE, comentario a Casación, 2ª civ., 12 de junio de 1987, en *Rev. Trim. dr. civ.*, 1988, p. 107; en *Rev. trim. der.civ.* 1988, p. 107. Esta perspectiva también había convencido a la *Cour de Cassation*: Casación, 3ª civ., 12 de noviembre de 2003 n. 02-16603.

117 D. MAZEAUD, nota a Casación, 3ª civ., 28 de junio de 2006, en *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2963, spec. n.3.

118 A decir verdad, a pesar de todas estas restricciones la jurisprudencia de mérito francesa es muy generosa en indemnizar el daño. Ver al respecto: O. DESHAYES, *Le dommage précontractuel*, en *Rev. trim. dr. comer.*, notas 11-14.

119 O. DESHAYES, *Le dommage précontractuel*, cit., p. 187 ss.

120 De lo cual da cuenta ampliamente O. DESHAYES, *Le dommage précontractuel*, cit., notas 18-26.

trina mayoritaria (Le Tourneau, 1998, p. 489; Chauvel, 1996, p. 43)¹²¹; pero recientemente, el Tribunal de Apelaciones de París ha declarado que estos costos hacen parte del riesgo empresarial, y por tanto, no serían reembolsables solo porque deriven del fracaso de las negociaciones, sino en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la conducta culposa (o dolosa) del responsable de tal fracaso¹²². No es, sin embargo, concebible la ejecución *in natura* (reanudación de las negociaciones; celebración forzada del contrato), de modo que incluso si se reconoce la responsabilidad precontractual, la jurisprudencia llega hasta permitir el retiro de la opción (Mazeaud, 1994, p. 588)¹²³ o el incumplimiento del pacto de prelación, siempre en nombre de la libertad de contratación¹²⁴.

En cuanto a la responsabilidad de confianza a favor de quien hubiera, sin culpa, confiado información financiera incorrecta o no veraz, los diferentes roles asignados a los *gatekeepers*, además de las diferentes distancias entre cada uno de ellos y los inversionistas, propenden por la exoneración de la responsabilidad solidaria a favor de una responsabilidad diferenciada a la luz, precisamente, del papel desempeñado por los mismos y el grado de negligencia a ellos imputable, además de la proximidad en la relación privilegiada con

121 J. MESTRE, *La période précontractuelle et la formation du contrat*, cit., p. 9; P. LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, en *Rev. trim. dr. comer.*, 1998, n. 27, p. 489; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit., n. 841; P. MOUSSERON, *Conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, in *Rev. trim. dr. comer.* 1998, n. 60, p. 264; F. VIOLET, nota a Corte de Apelaciones de París, 10 de marzo de 2000, in *Juris-Classeur pér.*, 2001, II, p. 10470, n. 2: "le principe de l'indemnisation de ces frais est peu contestable, dès lors qu'une faute est avérée"; P. JOURDAIN, *Responsabilité précontractuelle*, cit., n. 13; P. CHAUVEL, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, in *Droit et patr.*, 1996, p. 43; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., n. 185; D. MAZEAUD, *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée*, cit., n. 21, p. 49.

122 Tribunal de Apelaciones de París, 16 de diciembre de 1998, en *Bol. civ.*, 04/1999.470, con nota A. LAUDE; Corte de Apelaciones de Angers, 25 de noviembre de 1992 en *JurisData* n. 048 656: "les frais engagés par une société pour le déplacement d'une équipe dans le pays étranger, siège de l'autre société, ne sont pas constitutifs d'un préjudice lié à la rupture des pourparlers mais un *risque commercial* pris en connaissance de cause"; Tribunal de Apelaciones de Lyon, 29 de septiembre de 2000, en *JurisData* n. 132246 donde se hace distinción entre costos derivados del curso normal de las negociaciones (que se mantienen por tanto a cargo del contratante defraudado); y costos que exceden las necesidades de una negociación comercial (y que, por tanto, deben ser reparados por la parte culpable).

123 Casación, 3ª civ., 15 de diciembre de 1993, in *Juris-Classeur pér.*, 1995, II, p. 22366 con nota de D. MAZEAUD; en *Rev. dr. civ.*, 1994, p. 588, con nota de J. MESTRE.

124 Casación, 3ª civ., 30 de abril de 1997, in *Recueil Dalloz*, 1997, p. 475, con nota de D. MAZEAUD; in *Juris-Classeur pér.*, 1997, II, p. 22963, con nota de B. THUILLER; in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 685, con nota di P.-Y. GAUTIER; *ivi*, 1998, p. 98, con nota di J. MESTRE. V. anche: LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, cit., 1998, p. 479 ss.; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Lefebvre, Parigi, 1999, n. 63. V. in senso critico: D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes*, cit., pp. 644, 652 y ss.

los inversionistas¹²⁵. Un modelo interesante en este sentido es el propuesto en los Estados Unidos por el art. 21 (g) (4) (A) (ii) del *Securities Exchange Act* de 1934, modificado posteriormente por el *Private Securities Litigation Reform Act* (PSLRA, que entró en vigencia el 22 de diciembre de 1995), conocido como “*modified proportional liability*”, y recientemente objeto de estudio de la Comisión Europea, la cual ha aprobado un *working paper* para evaluar la viabilidad de una restricción o, justamente, de una *proporionate liability*, con el fin de limitar la responsabilidad indemnizatoria de los auditores contables (Scarso, 2007, pp. 1226-1237)¹²⁶. Este régimen empuja a los demandantes a distinguir el título de la responsabilidad endosable al autor del daño, así como evaluar su conducta en relación con el caso concreto, y les obliga a aspirar de cada demandado solo la parte de los daños atribuible a sus responsabilidades y a su conducta. Este modelo evita reclamar de más arbitrariamente por el daño por información financiera incorrecta; pero sobre todo restringe a quien sufrió el daño, ya aclarado —como se ha dicho— a nivel de la prueba de la conducta del demandado, de la existencia de una confianza perjudicial, y del relativo nexo de causalidad entre uno y otro, a elegir entre los posibles demandados, evitando así las demandas temerarias. La debilidad de este modelo, sin embargo, es que excluir la responsabilidad solidaria y preferir un modelo basado en el concurso de culpas de cada demandado descargaría el riesgo de insolvencia (de cada uno) en la víctima. El PSLRA también interviene en este punto, intentando mitigar los efectos indeseables de un modelo de concurso puro y simple a través de la llamada regla del “*uncollectible share*”, es decir, una disposición que permite al demandante recuperar la parte del demandado insolvente gravándola sobre los demás demandados en dos situaciones. La primera permite incluso restablecer la regla de la solidaridad pasiva en el caso en el cual el demandante pruebe que el daño sufrido representa el 10% de sus ingresos netos, y que este a su vez no exceda los \$200.000 (*poverty provision*). La segunda da al juez la oportunidad de recurrir a la repartición,

125 Permítaseme la referencia a C. AMATO, *Financial Contracts And 'Junk Bonds' Purchases: A Matter of (In)Correct Information*, in M. KENNY, J. DEVENNEY (ed.), *Unconscionability in European Private Financial Transactions Protecting the Vulnerable*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 308 y ss.; S. MULREED, *Private Securities Litigation Reform Failure: How Scierter Has Prevented The Private Securities Litigation Reform Act of 1995 from Achieving Its Goals*, en *San Diego L. Rev.*, 2005, p. 792 y ss.

126 DG for Internal Market and Services of the European Commission. *Commission Staff Working Paper: Consultation on Auditor's Liability and its Impact on the European Capital Market*. La consulta se concluyó después del 15 de marzo de 2007, y desembocó en un documento recopilativo (disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/summary_report_en.pdf) del cual no surge una fuerte preferencia expresa de los *stakeholders* en las soluciones propuestas por la Comisión (*limitation caps*, *proporionate liability*, o una combinación de los dos sistemas). A. SCARSO, *La reforma del régimen de responsabilidad del auditor contable: a propósito de una reciente propuesta de la comisión (liability cap v. Proporionate liability)*, en *Resp. Civ. prev.*, 2007, pp. 1226 a 1237.

entre los demandados solventes, de la cuota no satisfecha por uno de los *gatekeepers*; siempre que la cuota asignada no exceda de la mitad del monto de la indemnización debida por los otros demandados. Gracias a esta regla, en el supuesto de dos demandados condenados a indemnizar la misma cantidad, el demandante podrá recuperar el 75% del demandado solvente; incluso, si este último debiera compensar más del doble del demandado insolvente, la víctima recuperaría el monto total que se le conceda en la liquidación. Subsiste el hecho, sin embargo, que en el caso en el que el demandado solvente hubiera sido condenado a una cifra irrisoria, mientras que el demandado insolvente hubiera debido compensar una cifra más conspicua, el riesgo de una indemnización irrisoria hará más gravosa la situación del demandante.

En el caso del *promissory estoppel* el remedio tradicionalmente único es el de la indemnización del daño¹²⁷, limitado también en los sistemas de *common law* a la reparación del perjuicio sufrido no derivado de la falta de ejecución de una prestación (no debida), sino del daño emergente y el lucro cesante¹²⁸ relacionados con la conducta perjudicial derivada de la confianza depositada en las declaraciones no veraces o en el comportamiento incoherente de la contraparte (*reliance damages*). En el caso, en cambio, del *proprietary estoppel*¹²⁹, los jueces ingleses conservan una gran discrecionalidad en la concesión de los remedios¹³⁰. El remedio llamado “propietario” activo puede consistir en la cesión de un derecho pleno de propiedad¹³¹, o el establecimiento de un derecho real menor (servidumbre o *lease*)¹³²; o en la tutela negativa

127 Véase *ex plurimis*: L.L. FULLER, W.R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damage*, cit., p. 373 ss. En la literatura italiana: P. PARDOLESI, *Promissory estoppel: confianza y carácter vinculante de la promesa*, cit., p. 85 ss.

128 Los *reliance damages* incluyen también la “*loss opportunity to make profit*”: *East vs. Maurer* [1991] 1 WLR 461.

129 Muestra una amplia gama de soluciones: M. PAWLOWSKI, *The doctrine of Proprietary Estoppel*, cit, p. 82 y ss.: i) negación de una acción posesoria, (con la creación simultánea de una *licence for life*, es decir, un *beneficial interest* en favor del titular); ii) creación de una *licence to occupy*; iii) transferencia de la plena propiedad sin compensación adicional; iv) transferencia de la plena propiedad previa compensación; v) concesión de un derecho real menor (por ejemplo: servidumbre); vi) indemnización de daños y perjuicios; vii) concesión de un título de posesorio; viii) concesión de un *beneficial interest*; ix) concesión de una hipoteca u otro gravamen sobre la propiedad; x) remedio inhibitorio; xi) ejecución en forma específica.

130 J. CARTWRIGHT, *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, cit., pp. 4-5; *Crabb v. Arun District Council*, cit.

131 *Pascoe v. Turner* [1979] 1 WLR 431 (pero con una indemnización a cargo del beneficiario); *Lim Teng Huan v. Ang Swee Chuan* [1992] 1 WLR 113 (transferencia de título sin indemnización alguna para el beneficiario).

132 *Crabb v. Arun District Council*, cit.; más recientemente: *Baxely LBC v. Maison Maurice Ltd.* [2006] EWHC 3192.

(impedir, por ejemplo, la revocatoria de una concesión¹³³; o restitución de enriquecimiento¹³⁴, o incluso, se afirma el derecho pero no se reconoce remedio alguno (por prescripción del derecho; porque es inútil el remedio¹³⁵. A veces, entonces, se prefiere la indemnización de daños “positivos” (*expectation damages*, si están determinados), tal vez reducidos según la justicia¹³⁶ si excedieren el perjuicio efectivamente sufrido; otras veces –siempre en aplicación del *proprietary estoppel*– se indemnizan los *reliance damages*¹³⁷.

ABREVIATURAS

2. *Análisis jur. econ.*: Análisis jurídico y económica
3. *BBTC*: Banca, bolsa, título crediticio
4. *Bol. Civ.*: Boletín civil
5. *Contr. Impr./Europa*: Contrato y empresa/Europa
6. *Contrats, conc. consom*: Contrats, concurrence et consommation
7. *Corr. Jur.*: Correo jurídico
8. *Daño y resp.*: Daño y Responsabilidad
9. *Der Comer. Int.*: Derecho Comercial Internacional
10. *Der y just*: Derecho y justicia
11. *Dr. et patrimoine*: Droit et patrimoine
12. *Europa der. priv.*: Europa y derecho privado
13. *Foro adm.*: Foro administrativo

133 *Inwards v. Baker* [1965] 2 QB 29.

134 *Dodsworth v. Dodsworth* (1973) 228 EG 1115.

135 Véase recientemente: *Clarke v. Swaby* [2007] UKPC 1, 2 P & CR 2.

136 *Jennings vs. Rice* [2003] 1 P & CR 100, donde se enuncian los principios rectores para determinar cuál, de entre los muchos remedios enumerados, es el más ‘justo’.

137 *Commonwealth of Australia v. Verwayen* (1990) 95 ALR 321 331 e *Sledmore v. Dalby* (1996) 72 P & CR 196, 208 (Hobhouse LJ), donde se destaca cómo los remedios *in reliance* son muy similares a los restitutorios.

14. *Foro it.*: Foro italiano
15. *Foro pad.*: Foro padano
16. *Jur. comer.*: Jurisprudencia comercial
17. *Jur. it.*: Jurisprudencia italiana
18. *Just. civil*: Justicia Civil
19. *Jur. mérito*: Jurisprudencia de mérito
20. *Juris-Classeur pér.*: Juris- Classuer périodique
21. *NJCC*: Nueva jurisprudencia civil comentada
22. *Resp. civ.*: Responsabilidad civil
23. *Resp. civ. Prev.*: Responsabilidad civil y previsión
24. *Rev. des contrats*: Revue des contrats
25. *Rev. der . civ.*: Revue de droit civil
26. *Rev. jur. dr . aff.*: Revue Juridique des droits des affaires
27. *Rev. trim. dr. comer.*: Revue trimestrelle de droit comercial
28. *Rev. der. comer.*: Revista de Derecho comercial

BIBLIOGRAFÍA

- Alpa, G. y Saccomanni, A. (2007). Procedimientos de negociación, la diligencia debida y memorandos informativos. En *Contratos*, pp. 267 y ss.
- Altieri, A. (2009). La actividad contractual de la administración pública. En Mirabella, M. (ed.). *Curso de derecho administrativo*. Milán, pp. 666 y ss.
- Amato, C. (2010). Financial contracts and 'Junk Bonds' purchases: a matter of (in)correct information. En Kenny, M., Devenney, J. (ed.). *Unconscionability in european private financial transactions protecting the vulnerable*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 308 y ss.

- Anelli, A. (2011). La responsabilidad de prospecto entre novedades legislativas y sentencias de la Corte Suprema. En *Daño y resp.*, p. 621.
- Armour, J. y Mccahery, J. A (eds.). (2006). *After Enron: improving corporate law and modernising securities regulation in Europe and the United States*, Oxford: Hart.
- Atiyah, P.S. (1976). ¿When is an enforceable agreement not a contract?, in 92 *L. Quart. Rev.*, p. 342.
- Bianca, C. M. (2000). *El contrato, Derecho civil*, III, Milán, p. 158.
- Bruno, R. (2008). La experiencia del inversionista y la información “adecuada” y “necesaria”. En *Jur. comer.*, II, p. 389.
- Bruno, S. (2008). *La (¿nueva?) responsabilidad de prospecto hacia el público*. BBTC, I, p. 785 y ss.
- Burn, E. H. y Cartwright, J. (2011). *Cheshire and Burn's modern law or real property*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1015-1017.
- Capecchi, G. (2001). El valor jurídico de las cartas de intención. En *Der Com. int.*, pp. 383 y ss.
- Carbone, V. (2002). La responsabilidad de los intermediarios, en *Daño y resp.*, p. 109.
- Carter, J., Harland, D. (1996). *Contract law in Australia*, Londra: Butterworths.
- Cartwright, J. (2003). Formality and informality in property and contract. En Getzler, J. *Rationalizing property, equity and trusts*. Essays in honour of Edward Burn. Londres: LexisNexis, pp. 42-46.
- Cartwright, J. (s.f.). *Protecting legitimate expectations and estoppel in english law*, cit., p. 5.
- Castronovo, C. (1998). Responsabilidad civil de la Administración Pública. En *Jus*, p. 647.
- Castronovo, C. (2006). *La nueva responsabilidad civil*. Milán, pp. 464 y ss.
- Castronovo, C. (2009). Regreso a la obligación sin prestación. En *Europa der. priv.*, 2009, pp. 702-704.
- Castronovo, C. (2010). Vaga culpa in contrahendo: nulidad, responsabilidad y la búsqueda de la oportunidad perdida. En *Europa y der. priv.*, pp. 7 y ss.

- Castronovo, C. (1999). El interés legítimo cruza la frontera de la responsabilidad civil. En *Europa der. priv.*, p. 1263
- Cauchy Psaume, M. C. (s.f.). *L'estoppel by representation: étude comparative de droit privé français et anglais*, pp. 110-111.
- Chauvel, P. (1996). Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle. En *Droit et patrimoine*, no. 43.
- Cheshire, E. B. (1982). *Cheshire y Burn's Modern Law of Real Property*, Londres: Butterworths, p. 569.
- Cornu, G. (1976-1977). *Regard sur titre III du livre III du Código Civil*, Dour de D.E.A. de droit privé, París II, n. 290.
- D'amelio, M. (1937). Apariencia del derecho en *Nuevo Digesto Italiano*, I, p. 550.
- Della Negra, F. (2012). Culpa in contrahendo, contacto social y modelos de responsabilidad. En: *Contratos*, pp. 235 y ss.
- Deshayes, O. (2004). Le dommage précontractuel. En *Rev. dr. civ.*, p. 257.
- Deshayes, O. (2006). Rupture fautive des pourparlers. En *Rev. Trim. dr. civ.*, p. 754.
- Draetta, U. (1987). Criterios de redacción de cartas de intención a la luz de los casos Pennzoil y SME. En *Der Com. int.*, pp. 240 y ss.
- Draetta, U. (1991). Los usos del comercio internacional en la formación de contratos internacionales, En *Fuentes y tipos de contrato internacional*, Milán, pp. 49 y ss.
- Duthie, A (1988). Equitable estoppel, unconscionability and the enforcement of promises, in 104 *L. Quat. Rev.*, p. 362.
- Facci, C. (2007). El rating y la circulación de productos financieros: perfiles de responsabilidad. En *Resp. Civ.*, p. 679.
- Faggella, G. (1906). De los períodos contractuales y de su construcción científica verdadera y exacta. En *Estudios jurídicos en honor a Fadda por su vigésimo quinto año de enseñanza*, III, Nápoles, p. 271.
- Faggella, G. (1909). Fundamento jurídico de la responsabilidad en cuanto a las negociaciones contractuales. En *Arch Serafini*, pp. 128 y ss.

- Faggella, G. (1917). La responsabilidad precontractual, con especial atención en sus elementos constitutivos. En *Jur. it.*, IV, p. 1.
- Faggella, G. (1918). *Los períodos precontractuales y la responsabilidad precontractual*. Roma
- Faillace, V. S. (2004). *La responsabilidad por el contacto social*. Padua, pp. 69 y ss.
- Ferrarini, G. (1986). *La responsabilidad de prospecto*. Milán, pp. 49 y ss., 57 y ss.
- Four, V. J. y Aubert, J. L. (1991). Les obligations. En *L'acte juridique*, París: Armand Colin, n. 374.
- Fuller, L. L. (s.f.). Perdue, W.R. *The Reliance Interest in Contract Damage*, cit., p. 373 y ss.
- Galgano, F. (2004). *Le obbligazioni e i contratti, in diritto civile e commerciale*, II, t. 1, Padua, pp. 453 y ss.
- Genicon, T. (2013). Contrat et protection de la confiance. En *Rev. des contrats*, pp. 339 y ss.
- Ghestin, J. (1988). Les Obligations: le contrat. En Ghestin, J. (dir.). *Traité de droit civil*, Paris: LGDJ, p. 203, n. 186.
- Ghestin, J. (1993). La formation du contrat. En Ghestin, J. (dir.). *Traité de droit civil*, Paris: LGDJ, p. 412.
- Ghestin, J. (1993). *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris: LGDJ, no. 330.
- Giliker, P. (s.f.). *Pre-contractual liability in english and french law*, pp. 143-144, 151.
- Giucici, P. (2008). *La responsabilidad civil en el derecho de los mercados financieros*. Milán, pp. 217 y ss.
- Giuliani, F. (2005). Acceso equitativo a la información y duty of care en los prospectos informativos. En *Contr. impr./ Europa*, p. 330.
- Greco, F. (2008). Intermediación financiera: remedios y adecuación en la práctica. En *Resp. Civ. y prev.*, pp. 2556 y ss.
- Guernelli, M. (2009). La intermediación financiera entre tutela del mercado, legislación de protección de los consumidores y orientación jurisprudencial. En *Jur. comer.*, II, p. 360.

- Houtcieff, D. (2001). *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, II, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- Ghestin, J., Ghestin, V.J. (2011). La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur qu'elle a provoqué. En *Juris - Classeur pér. G.*, p. 703.
- Giucic, P. (2008). La responsabilidad civil en el derecho de los mercados financieros, Milán, pp. 217 y ss.
- Jourdain, P. (1992). Rapport français sur la bonne foi dans la formation du contrat. En *Trav. Ass. H. Capitant*, pp. 121-132.
- Jourdain, P. (1996). Responsabilité précontractuelle. En *J.-Cl. Contrats Distribution*, n. 13.
- Laude, A. (1992). *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, n. 843.
- Le Gac Pech, S. (7 de junio de 2011). *Les Mystères de l'obligation d'information*, citada en Casación comer., n. 10-13.622, en *Sem. Jur.*, p. 1915.
- Le Tourneau, P. (1998). La rupture des négociations. En *Rev. trim. dr. comer.*, 1998, n. 27, p. 489.
- Le Tourneau, P., Cadet, L. (2002). *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parigi : Dalloz, n. 842
- Leveneur, L. (2006). Faute dans l'exercice du droit de rompre: quel est le préjudice este réparable. En *Defrénois*, p. 1858.
- Lindgren, K.E., Nicholson, K.G. (1984). Promissory estoppel, in Australia, in 58 *Am. L.J.*, p. 249.
- Lucchini Guastalla, E. (2005). Daño a los inversionistas y responsabilidad de las autoridades de vigilancia y los intermediarios financieros. En *Resp. civ. y prev.*, pp. 40 y ss.
- Lunney, M. (1992). Towards a unified estoppel – The long and windy road, in 239 *Conv.*, 1992, pp. 247-251.
- Macchiavello, E. (2009). La responsabilidad de prospecto de los intermediarios financieros. En Visintini, G. (dir.), *Tratado de la responsabilidad contractual*, II, Padua, 2009, p. 795 y ss.

- Maffei, D. (2004). Conflicto de intereses en la prestación de servicios de inversión: la primera sentencia sobre la venta de bonos argentinos a inversionistas. en *Jur. comer.*, II, p. 690.
- Malaurie, P., Aynès, L., Stoffel-Munck, P. (2003). *Droit civil, Les obligations*, Paris: De-frénois, n. 464.
- Mantovani, M. (1995). *Vicios incompletos del contrato y remedio indemnizatorio*, Turín, p. 125 y ss.
- Marianello, M. (2008). La responsabilidad de la agencia de rating frente a los terceros inversionistas. En *Resp. civ.*, 2008, p. 635.
- Mazeaud, D. (1996). La genèse des contrats, un régime de liberté surveillé. En *Dr. et patrimoine*, no. 40, p. 44 y ss.
- Mazeaud, D. (2001). Mystères et paradoxes de la période précontractuelle. En *Etudes à offertes à J. Ghestin : Le contrat au début du XXI siècle*. París: LGDJ, p. 659.
- Mazeaud, D. (s.f.). Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? En *Mélanges*. Terré, Dalloz. PUF, Ed. Juriclasseeur, pp. 603, 609.
- Mazzamuto, S. (2011). La responsabilidad contractual en el sentido amplio. En *Europa der. priv.*, pp. 121 y ss.
- Mazzoni, C. (2002). Observaciones sobre el tema de la responsabilidad civil de los analistas financieros. En *Análisis jur. econ.*, p. 232.
- Mengoni, L. (1956). Sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual. En *Rev. der. com.*, II, p. 360.
- Merusi, F. (2001). Buena fe y confianza en el derecho público. De los años “treinta” a la alternación. Milán, pp. 271 y ss.
- Mestre, J. (2000). La période précontractuelle et la formation du contrat. En *Petites affiches*, p. 9.
- Monti, A. (1995). Las asimetrías informativas y las actividades de rating: una propuesta para Italia. En *Banca*, p. 16.

- Mousseron, P. (1998). *Conduites des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*. En *Rev. trim. dr. comer.* n. 60, p. 264.
- Mulreed, S. (2005). Private securities litigation reform failure: how scienter has prevented the private securities litigation reform Act of 1995 from achieving its goals. En *San Diego L. Rev.*, pp. 792 y ss.
- Navarretta, E. (s.f.). La tutela indemnizatoria de los intereses legítimos. En *Actuación y tutela de los derechos. La responsabilidad y el daño*, vol. IV. T. III.
- Pardolesi, P. y Meruzzi, V. G. (2002). *La negociación maliciosa*, Padua, pp. 266 y ss.
- Pawlowski, M. (1996). The doctrine of proprietary estoppel, Londres: Sweet & Maxwell, pp. 1-4.
- Perinu, A. (2004). Bonos en default, bancos e inversionistas: contrastes entre jueces sobre las responsabilidades. En *Der y just*, 46, pp. 100, 101.
- Pignataro, G. (1999) *Buena fe objetiva y relación jurídica precontractual en los ordenamientos italiano y francés*. Nápoles, pp. 185 y ss.
- Pisani Massamormile, A. (2005). Emisiones de bonos y responsabilidad de los intermediarios. En *BBTC*, I, pp. 777-779.
- Ranieri, F. (2001). Le principe de l'interdiction de se contredire au detriment d'autrui ou de venire contra factum proprium dans le droits allemand et Suisse et sa diffusion en Europe. En Behar-Touchais, M. (ed.). *L'interdiction de se contredire au detriment de autrui*, París: Etudes Juridiques, pp. 27 y ss.
- Riezler, (1912). *Venire contra factum proprium, studien im romischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Leipzig.
- Roppo, V. (2005). La tutela del inversionista entre nulidad, terminación y compensación (es decir, la mezcla de los remedios contractuales). En *Contr. e impr.*, pp. 896 y ss.
- Sacco, R y Nova, G. de. (2004). El contrato. En Sacco, R. (dir.). *Tratado de derecho civil*, II, Turín, p. 235.

- Salatino, G. (2009). Variedades de contratos de swap del “operador calificado” al “cliente profesional”: la decadencia de las declaraciones “autoreferenciales”. En *Banca borsa tit. cred.*, II, p. 201.
- Saleilles, R. (1907). De la responsabilité précontractuelle. En *Rev. trim. dr. civ.*, pp. 705 y ss.
- Sangiovanni, V. (2010). La nueva responsabilidad de prospecto en el art. 94 T.U.F. En *Jur. mérito*, pp. 880 y ss.
- Scarso, A. (2007). La reforma del regimen de responsabilidad del auditor contable: a propósito de una reciente propuesta de la comisión (liability cap v. Proporcionate liability). En *Resp. Civ. prev.*, pp. 1226-1237.
- Schwarz, H.A., Wahlendorf, Liebermann von (1971). *Fondements et principes d'un ordre juridique naissant: essai de philosophie empirique du droit*, La Haye, París: Mouton, p. 304.
- Scognamiglio, C. (2012). Tutela de la confianza, incumplimiento del deber de buena fe y naturaleza de la responsabilidad precontractual, En *Resp. Civ. prev.*, pp. 1949 y ss.
- Seddon, N. (s.f.). Is equitable estoppel dead or alive in Australia?, in 24 *Int. Com. L. Quat.*, p. 438 y ss.
- Shell, G.R. (1991). Opportunism and Trust in the Negotiations of Commercial Contracts: Towards a New Cause of Action, in 44 *Va. L.R.*, pp. 248-249.
- Spence, G. (s.f.). *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, cit., p. 410.
- Terré, F., Simler, P., y Lequette, Y. (2002). *Droit Civil. Les Obligations*.
- Ventoruzzo, A. (2003). *La responsabilidad de prospecto en los Estados Unidos de América entre reglas del mercado y mercado de las reglas*, Milán, p. 248.
- Vigo, R. (2005). La reticencia del intermediario. En *BBTC*, pp. 672-674.
- Viney, G. (1995). *Traité de droit civil*. En Ghestin J. (dir.). *Introduction à la responsabilité*. París: LGDJ, n. 198.
- Visintini, G. (dir.) (s.f.). *Tratado de la responsabilidad contractual*, II, Padua, pp. 795 y ss.

Von Jhering, R. (1861). Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. En *Jahrb.f. d. Dogmatik*.

Williston, S. (s.f.). *The Law of Contracts*, cit., §139.

Windscheid, B. (1906). *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt a. M.

Página Web

<http://www.ilcaso.it>.