



JORGE RODRÍGUEZ RUSSO

Profesor Agregado de Derecho Privado – Universidad de la República. Uruguay

ERROR INEXCUSABLE Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: EL EQUILIBRIO ENTRE LA TUTELA DEL INTERÉS DEL DECLARANTE Y LA PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE LESIONADO

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. El error como vicio de la voluntad en materia contractual. La tipología del error relevante. La taxatividad de los supuestos. – 2.1. Los supuestos legales de error relevante. – 2.1.1. Disenso oculto (numerales 1 y 2 del art. 1271 c.c.). – 2.1.2. Error en la sustancia o calidad esencial del objeto. Error en las calidades no esenciales (numeral 3 del art. 1271 c.c.). – 2.1.3. Error en la persona del contratante en los contratos intuitus personae (numeral 3 del art. 1271 c.c.). – 3. El denominado error inexcusable y sus consecuencias jurídicas. – 4. Error inexcusable y responsabilidad civil. Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. – 4.1. Tesis de la naturaleza contractual predominante en la doctrina y jurisprudencia uruguaya. Sus fundamentos. – 4.2. Objeciones a la tesis contractualista desde la perspectiva de los deberes dimanantes de la buena fe y las notas tipificantes de la obligación. La dimensión relacional de la responsabilidad extracontractual. – 5. Los daños resarcibles en la responsabilidad precontractual. – 6. Conclusiones.

1. – En el presente trabajo se analiza la problemática que presenta el error inexcusable en el plano de sus consecuencias jurídicas, figura que no ha sido prevista por el Código Civil de Uruguay y en la que confluyen legítimos y disímiles intereses de las partes contratantes, con la consiguiente exigencia de su prevalente tutela.

Se trata de un tópico de singular relevancia jurídica, tanto en el plano teórico como en el de su aplicación a las relaciones contractuales concretas. La Suprema Corte de Justicia en fecha relativamente reciente¹ ha señalado que este error no puede ser alegado por el declarante, puesto que nadie puede valerse de su propia negligencia.

El tema por cierto no es nuevo; ya desde el clásico estudio de IHERING² ha motivado el análisis de la doctrina, especialmente en lo que respecta a la procedencia de la reparación del daño experimentado a raíz de la extinción del contrato.

La responsabilidad civil en general, al igual que el contrato, ha estado en permanente transformación en los últimos lustros. Sirvan como ejemplo la expansión de las fronteras del daño resarcible, la democratización en la aplicación de la disciplina (sin sujetos excluidos), la ampliación del elenco de los legitimados activos, la tendencia a la objetivación en amplios sectores, el redimensionamiento de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno a partir de la identi-

¹ SCDJ, 7 de noviembre 2013, n. 531, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XLIV, 2014, 712.

² R. VON IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages et intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Marescq, París, 1893.

JUS CIVILE



ficación de un principio general, los daños colectivos, la cristalización del principio *pro damnato o favor victimae*, la propia descodificación del Derecho de Daños, tan diáfananamente destacada por DÍEZ-PICAZO³.

Desde los clásicos supuestos de contrato nulo, pasando por la ruptura injustificada de las tratativas, el fenómeno de la *responsabilidad precontractual* comprende una multiplicidad de hipótesis heterogéneas, que tienen como nota común la oportunidad temporal en la que se verifican.

En las últimas tres décadas se ha producido una importante evolución en esta materia⁴, tanto en la configuración de los supuestos susceptibles de poner en acto este subtipo de responsabilidad, como en los daños resarcibles. Cambios que responden a las propias transformaciones ocurridas en la responsabilidad civil, pues como anota LAMBERT-FAIVRE⁵, mientras en el siglo XIX el eje de la misma era el sujeto responsable (responsabilidad subjetiva basada en la culpa) en el siglo siguiente es desplazado por el objeto de la responsabilidad (obligación de reparar el daño causado)⁶. Dos modelos de responsabilidad que “*conviven de manera inarmónica, tan inarmónica que resulta difícil hablar de responsabilidad por daños como una institución unitaria*”⁷. El modelo clásico de la responsabilidad civil era un modelo unitario y laico, que representó como lo destaca magníficamente RODOTÀ, el paso de la sociedad agrícola a la industrial, cumpliendo “una función binaria, de protección y control de la propiedad, de defensa de la propiedad frente agresiones externas, pero al mismo tiempo, de atenuación de la carga agresiva de la propiedad frente a terceros (que también tenían condición de propietarios). En un período en el cual uno de los problemas centrales consistía en regular el conflicto entre propiedades distintas –todas las cuales se concebían como absolutas– se proponen criterios idóneos para hacer posible una opción entre diversos tipos históricos de propiedad. La responsabilidad civil acompaña este proceso de selección entre los intereses: ella pasa de ser una regla externa de protección de la propiedad, a tener el carácter de un instrumento de gestión de las compatibilidades entre dichos intereses”⁸.

³ L. DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 127 ss.

⁴ Vide nuestro trabajo *Contornos actuales de la Responsabilidad Civil precontractual*, en *Cuestiones actuales de Derecho Civil en materia de Familia, Sucesiones, Propiedad y Responsabilidad*, coordinado por Jorge Rodríguez Russo, Fcu, Montevideo, 2016, pp. 244 ss.

⁵ I. LAMBERT-FAIVRE, *L' evolution de la responsabilité civile de una dette de responsabilité a un credit d'indemnisation*, en *Rev. trim. dr. civ.*, París, 1987, p. 1 ss.

⁶ Cambios que en general, en el ámbito del Derecho Privado, se enmarcan en el desplazamiento y relevo de un modelo liberal del Derecho por un modelo ligado al Estado Social (Cfme. J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2005, p. 479).

⁷ A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 419.

⁸ S. RODOTÀ, *Modelos y funciones de la responsabilidad civil*, en *Revista Thémis*, N° 50, 2005, p. 200 ss.

JUS CIVILE



2. – El error consiste en la inexacta representación de la realidad por parte del sujeto, un falso conocimiento o ignorancia de un dato relativo al contrato⁹. Como dice LARENZ¹⁰, todo aquel que actúa corre el riesgo de que sus conceptos no correspondan a la misma, dado que el conocimiento humano es limitado.

Sin embargo, no todo error es relevante pues el legislador, habiendo priorizado por razones de política legislativa la estabilidad de los contratos, solo le asignó virtualidad para invalidar el negocio en las situaciones taxativamente previstas por el art. 1271 del c.c., a diferencia de lo que sucede en el dolo, en el que cualquier error provocado por la conducta ilícita de la contraparte, que determine al sujeto a contratar, tiene aptitud para viciar la declaración de voluntad.

2.1. – Los supuestos legales en los que el error tiene relevancia para viciar la declaración de voluntad se encuentran rígidamente disciplinados por el artículo 1271 del Código Civil uruguayo, pudiendo agruparse en tres grandes categorías, como veremos seguidamente. Median aquí razones de política legislativa que llevan a priorizar la seguridad jurídica sobre la tutela de la voluntad interna del contratante que ha incurrido en error.

En consecuencia, los casos en que dicha voluntad merece protección configuran las hipótesis de error relevante.

2.1.1. – La doctrina señala que en los numerales 1 y 2 del citado artículo está previsto el denominado error obstáculo, que impide la formación del consentimiento, provocando la nulidad absoluta del contrato.

Según GAMARRA se trata de un error obstativo, que impide la formación del contrato, pues en puridad no hay acuerdo, dado que las voluntades divergen y carecen de la necesaria congruencia¹¹. De la misma opinión participaba SCIALOJA: si una parte incurre en error sobre la declaración de voluntad del otro, porque la ha entendido o interpretado falsamente, al determinarse su voluntad se producirá un verdadero disenso (error impropio) es decir, no existirá contrato alguno¹².

A nuestro juicio¹³ se trata de supuestos de disenso oculto, ya que si el desencuentro fuere manifiesto¹⁴ no hay duda que habría ausencia de consentimiento. El error obstativo es aquel que

⁹ V. ROPPO, *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 780.

¹⁰ K. LARENZ, *Derecho Civil. Parte General*, Edersa, Jaén, 1978, pp. 505 y 506.

¹¹ J. GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XII, Fcu, Montevideo, 1999, p. 29. En jurisprudencia: TAF 2º, 6 agosto 1997, n. 86, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXVIII, 1998, 411.

¹² V. SCIALOJA, *Negocios Jurídicos*, Imprenta Editorial de la Gavidia, Sevilla, 1942, p. 224.

¹³ RODRÍGUEZ RUSSO, *La interpretación del Contrato*, Fcu, Montevideo, 2008, p. 180 ss.

¹⁴ Expresa F. MESSINEO, *Doctrina General del Contrato*, t. 1., Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 137, el disenso es manifiesto cuando ambas partes son conscientes del mismo, en cuyo caso ninguna relación puede formarse entre ellas. Aquí no hay según el autor “ningún influjo del error: el disenso es el efecto de dos voluntades que, según es bien conocido por las partes, no se combinan”.

JUS CIVILE



se presenta, no en la formación de la voluntad, sino en su manifestación externa, o es cometido por la persona u oficina encargada de transmitir la declaración¹⁵.

El disenso –enseña CARIOTA FERRARA– consiste en un desacuerdo inadvertido por las partes entre la declaración de voluntad de una y de la otra; exteriormente las declaraciones concuerdan, pero en realidad divergen. Está provocado por un error, por una equivocación que lo oculta a los declarantes, pero dicho error se presenta de modo diverso que el obstativo, dado que éste produce un desacuerdo entre voluntad y declaración, que excluye siempre la voluntad negocial; aquél, por el contrario, opera sobre la determinación de la voluntad de una parte, en el propio proceso formativo de la misma¹⁶.

En las situaciones previstas por los numerales 1 y 2 del art. 1271 existe un error de una de las partes, producto de una equivocada interpretación sobre el significado o alcance de la declaración de voluntad ajena¹⁷, error que conlleva por vía de inexorable consecuencialidad a un desencuentro de voluntades. Como señala MESSINEO, el disenso oculto –mejor llamado malentendido– siempre es provocado por un error, siendo entonces un error-vicio¹⁸.

El desencuentro de las voluntades es sólo una consecuencia del error que está en la base del fenómeno: el destinatario de la propuesta la entiende mal y como se equivoca sobre su significado y alcance, la acepta. Formalmente hay un acuerdo entre sendas declaraciones de voluntad, pues el desencuentro (el disenso) permanece oculto, pero sustantivamente no concuerdan, porque cuando una de las partes acepta la propuesta de contratar que le emite la otra lo hace sobre la base de un determinado significado, que no es en realidad el que corresponde asignarle. Sea por ignorancia, distracción, desconocimiento de la lengua, lo concreto es que hay error sobre la declaración de voluntad recibida, error que determina el desencuentro de las voluntades, que hace que las mismas no coincidan. Cada parte quiere y declara congruentemente lo que quiere, de manera que existe una perfecta coincidencia entre la voluntad y la declaración, entre el querer interno y su manifestación. Lo que acontece es que quieren cosas distintas, producto de una errónea interpretación de una de las partes contratantes sobre el significado de la declaración de voluntad emitida por la otra, error que recae sobre la propia identidad del negocio o del objeto.

El disenso, dice BETTI, es una anormalidad que sólo puede acontecer en los negocios bilaterales, consistente en un íntimo e inadvertido desacuerdo entre las partes en cuanto al sentido que cada una de ellas entiende el contenido del negocio, desacuerdo encubierto por la aparente congruencia exterior de las respectivas declaraciones. El desacuerdo no advertido por ninguna de

¹⁵ F. GALGANO, *El Negocio Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 304. L. CARIOTA FERRARA, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, p. 422 ss.

¹⁶ CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, pp. 427-428. ROPPO, *op. cit.*, p. 808.

¹⁷ Para S. CARNELLI, *La casación en materia de prueba, interpretación del contrato, calificación negocial, "ley" del contrato y simulación negocial*, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXII, 1992, p. 379, no se trata de una situación de disenso, sino de *consentimiento erróneo*, pues la divergencia es entre la realidad (lo que se quiso) y su representación externa (lo que se declara).

¹⁸ MESSINEO, *op. cit.*, pp. 137-139.

JUS CIVILE



las partes no puede ser más que el síntoma de un error preceptivo o de una desviación interpretativa en que ha incurrido una parte y no ha reparado la otra, esto es, un malentendido. Mientras que en el error obstativo es el mismo autor quien entiende inexactamente la declaración *propia*, asignándole un significado distinto al que objetivamente tiene, en el disenso, en cambio, la parte entiende mal la declaración *ajena* destinada a ella, vale decir, la comprende, percibe o interpreta, con un significado distinto al exacto que tiene para su autor, por lo que no capta en consecuencia su contenido. Por ende, “*la discrepancia se produce entre el significado de la declaración tal cual está en la mente de una parte y la idea que de él se forja la otra con base en un error preceptivo o en una divergente apreciación interpretativa*”¹⁹.

No se trata entonces de un problema de falta de consentimiento, sino de vicio de la voluntad, que genera nulidad relativa (arts. 1269, 1271, 1560, 1568 c.c.), puesto que formalmente hay acuerdo²⁰, siendo la determinación de las consecuencias un problema de pura decisión legislativa²¹.

Es cierto que en términos lógicos puede argumentarse que no hay consentimiento, pero desde la misma perspectiva analítica tampoco hay acuerdo cuando media error en la sustancia, pues –siguiendo el ejemplo del Código– si el sujeto quiere comprar una barra de plata y por error compra de un metal semejante, es evidente que no era lo que quería adquirir. *Non videntur qui errant consentire*.

Llegados a este punto el problema a resolver es el régimen aplicable en caso que el disenso se verifique sobre la identidad del negocio, porque al ser una nulidad relativa el negocio despliega sus efectos. En tal supuesto, al existir formalmente un encuentro de voluntades, el contrato se forma y se forma sobre la base del tipo contractual contenido en la propuesta. Si la propuesta emitida era relativa a un contrato de préstamo, concurriendo la aceptación de la misma, el negocio que se forma no puede ser otro que el de préstamo. Pero, como medió un error de parte del destinatario de la oferta, que aceptó pensando que se proponía otorgar un contrato de donación, será él quien estará legitimado para impugnar el negocio inválido, solicitando la respectiva declaración de nulidad.

2.1.2. – Nuestro Código, apartándose del modelo francés, introdujo –por influencia del Código chileno– junto a la sustancia al error sobre la calidad esencial del objeto, adoptando así un criterio de sustancia puramente objetivo. Sustancia es la materia de la que está compuesto el objeto, propiedad intrínseca que no depende de la apreciación de las partes, como en cambio lo proponía POTHIER, para quien por sustancia había que entender “*la cualidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente a la vista*”²².

¹⁹ E. BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 318-319. En la misma línea A. CANDIAN, *Instituciones de Derecho Privado*, Uteha, México, 1961, p. 161.

²⁰ Cfme. CARNELLI, *op. cit.*, p. 379.

²¹ E. CAFARO – S. CARNELLI, *Eficacia Contractual*, Fcu, Montevideo, 1993, pp. 42-46, en opinión que compartimos, señalan que la nulidad es una categoría de origen legal, que depende de una pura decisión legislativa.

²² R. J. POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 2007, N° 18, pp. 20-21.

JUS CIVILE



Destaca OSPINA que el concepto romano de sustancia no solamente era objetivo, sino también netamente materialista, porque se identificaba con su composición material. Pothier al entender que dicha noción era excesivamente estrecha, puesto que no permitía considerar viciada la voluntad cuando el error recaía sobre las calidades inmateriales del objeto, como la antigüedad o la procedencia, formuló un noción distinta, dejando de atender a la materialidad del objeto para centrarlo en la intención de los contratantes, sustituyendo así la noción *objetiva y materialista* romana por una noción puramente *subjetiva e intencional*²³.

Para la doctrina objetiva, como recuerda GAMARRA²⁴, sustancia es la materia de que la cosa está formada (criterio restringido), el conjunto de sus cualidades principales, que no son susceptibles de más o de menos y hacen que el objeto sea ese y no otro (criterio amplio). Añade el doctrinario compatriota que nuestro Código adoptó un criterio amplio y objetivo de sustancia, pues incluye también a la calidad esencial, por lo cual, “aunque sustancia se identifique con “materia”, esto es, con la materia que forma o compone el objeto, la referencia a “cualidades esenciales” permite incluir también dentro del error en la sustancia (entendida en sentido amplio) al error acerca de ciertas cualidades de la cosa, como su antigüedad y origen” (cualidades esenciales o sustanciales)²⁵.

El error acerca de cualquiera otra calidad del objeto (calidad no esencial) es irrelevante, no vicia el consentimiento, a menos que fuere el principal motivo para contratar y hubiere sido conocido por la otra parte. En el inciso final de la norma el Código regula una especie de error ambivalente, puesto que puede o no ser relevante; sólo vicia cuando se reúnen las dos exigencias previstas, adoptándose un *criterio subjetivo*, porque una calidad objetivamente no esencial puede ser subjetivamente determinante para contratar para una de las partes.

No se trata de una especie de error en el motivo²⁶, pues el error recae directamente sobre una calidad no esencial del objeto. Que la ley exija que dicha calidad (sobre la cual recayó el error) hubiere sido el principal motivo (determinante) para contratar no lo convierte en un error sobre los motivos. Tampoco hay una *determinación bilateral* de la calidad no esencial²⁷ dado que se trata siempre de un fenómeno unilateral: la calidad objetivamente no esencial es determinante “para uno de los contrayentes”, por ser el principal motivo para contratar y esto era conocido por la contraparte. El texto legal lo único que exige es “*conocimiento*” de la otra parte, sin requerir que haya sido también para él el principal motivo para contratar. Que la calidad secundaria es determinante solamente para uno de los contratantes emerge tanto del tenor literal del texto legal, como de la propia exigencia del *conocimiento* de la otra parte, pues en tal caso no está en consideración su voluntad, sino precisamente la declaración de voluntad ajena.

²³ Cfme. G. OSPINA FERNÁNDEZ– E. OSPINA ACOSTA, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Temis, Bogotá, 1998, p. 188 ss.

²⁴ GAMARRA, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

²⁵ GAMARRA, *op. cit.*, pp. 41-42.

²⁶ Como lo sostiene GAMARRA, *op. cit.*, p. 55.

²⁷ Así lo señala GAMARRA, *op. cit.*, pp. 49 y 73-76.



2.1.3. – Nuestro Código Civil, a diferencia de sus habituales modelos, no contempló en forma autónoma a esta especie de error en materia contractual. Existen sí previsiones legales en sede de matrimonio y de tradición (arts. 199 y 771).

Tal ausencia en la enumeración del art. 1271 ha llevado a la doctrina a expresar que este tipo de error “plantea un verdadero enigma en el derecho positivo uruguayo”²⁸.

En anterior trabajo²⁹ hemos señalado que la interpretación de la doctrina nacional no ha conducido con carácter general y uniforme a otorgar la debida relevancia a esta especie de error, pues solo ha podido hacerlo con caracteres precisos en materia de donación, al influir en la propia causa de la obligación negocial, si bien puede dudarse que sean lo mismo causa gratuita y error en la persona, como lo pone de relieve GAMARRA.

Tampoco es posible vincular esta especie de error a la prestación, toda vez que el mismo recae sobre la propia persona del contratante. Ni puede obtenerse apoyatura fundante en el art. 1269 –como pretendía CARDOSO³⁰– puesto que la norma está destinada a enumerar con carácter general cuáles son los vicios del consentimiento contractual. En ese sentido expresa GAMARRA³¹ que si el legislador hubiera otorgado relevancia al error en la persona lo habría hecho en el propio art. 1271, que es el precepto que se encarga de establecer en qué casos el error es relevante, sin dejar de señalar también que el argumento de Cardoso permitiría incorporar otro tipo de errores (en el motivo o en el valor, por ejemplo), con lo cual se desvirtuaría la regulación del precepto, de corte netamente limitativo, como emerge de su inciso final. Menos aún puede recurrirse a la analogía con el art. 199 en sede matrimonio³², no solo por la sustancial diversidad de ambos negocios, sino por la ausencia de una verdadera laguna³³, ya que el punto ha sido objeto de una concreta previsión legislativa a través del reclamo formal practicado por el numeral 3 a las normas de la tradición.

Pensamos que la circunstancia de no haberlo incluido a texto expreso y en forma independiente en el propio art. 1271 del Código, no es obstáculo para su admisión dentro de la propia norma, si ésta permite dotarlo de alguna manera de un sustento legal firme, no siendo determinante el hecho que los antecedentes habituales de nuestro Código lo enumeren expresamente entre los vicios del consentimiento contractual, debiéndose más bien a un defecto de técnica legislativa en la estructura formal del precepto.

²⁸ Esa es la opinión de GAMARRA, *op. cit.*, p. 50.

²⁹ J. RODRÍGUEZ RUSSO, *El error en la persona como vicio del consentimiento contractual*, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXXI, 2001, p. 784 ss.

³⁰ Citado por B. COELHO DE OLIVEIRA, *La doctrina del error en el Derecho Civil uruguayo*, Montevideo, 1937, p. 89.

³¹ *op. cit.*, p. 51.

³² Como lo ha postulado COELHO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 90-91.

³³ Sea ella entendida como ausencia de una norma que regule el punto o, como expresa N. BOBBIO en su *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 2007, p. 229, la ausencia de un criterio para elegir cual de las dos reglas generales (la exclusiva o la inclusiva) debe ser aplicada.

JUS CIVILE



El fundamento legal para otorgar relevancia a esta especie de error está en el propio numeral 3 del art. 1271, que entre sendos paréntesis practica un reclamo formal a los arts. 771 y 772 en sede de tradición, el primero de los cuales contempla al error en la persona como vicio de la voluntad. Por lo tanto, es posible interpretar que en materia contractual el error en la persona también vicia la voluntad, cuando se trata de un contrato en donde la consideración de la misma y de sus cualidades tienen carácter esencial y determinante (contratos *intuitus personae*). GAMARRA³⁴ destaca como rasgo tipificante de esta categoría de contratos que el error en la persona del contratante vicia el consentimiento, si bien al examinar los vicios³⁵ consigna la ausencia de norma que fundamente su admisibilidad como vicio.

Es cierto que tal consagración no tiene un carácter textual directo en su literalidad, ni aparece en un numeral independiente –como en las otras clases de error– pero ello no constituye un impedimento para su reconocimiento e identificación en el propio segmento del precepto legal en el que aparece regulado el error en la sustancia (numeral 3). El reclamo formal a las normas de la tradición determina la aplicación directa del art. 771 a la materia contractual, dada la identidad de estructura bilateral entre ambos negocios, vinculados o conexos en el plano causal. No puede ser entendido de otra manera el reclamo sino en lo que atañe al error en la persona, puesto que si bien los arts. 771 y 772 regulan también al error en la identidad del objeto y en la identidad del negocio en base al cual se hace la tradición, ellos han sido objeto de una previsión específica en materia de contratos (numerales y 2 del art. 1271). Por ende, una razón de coherencia entre ambas disposiciones lleva a interpretar que el reclamo a las normas de la tradición solo opera respecto al error en la persona del contratante, pues de lo contrario sería redundante el propio art. 1271.

No puede considerarse a dicho reclamo formal como una mera concordancia externa con las normas de la tradición, debido a que está ubicado en sede de error en la sustancia o calidad esencial. Si la finalidad del mentado reclamo fuere esa, sería sistemáticamente erróneo, pues debió estar ubicado en cualquiera de los dos primeros numerales del art. 1271, que precisamente regulan al error en la identidad del objeto o en la identidad del negocio, que son los supuestos previstos por los arts. 771 y 772. Como el único error que no ha sido enunciado en sede contractual es el que recae sobre la persona de uno de los contratantes, el significado del reclamo formal a las normas de la tradición se robustece con su incumbencia exclusivamente a él. Vale decir, el error en la persona vicia el consentimiento contractual en aquellos casos en que la consideración de la misma es determinante de la celebración del negocio, por ser otorgado en consideración a las cualidades personales del sujeto, que revisten el carácter de esenciales (contratos *intuitus personae*), exigencia ésta que emerge de la propia ubicación del reclamo en el inciso primero del numeral 3° del art. 1271, que justamente legisla sobre error en la calidad esencial.

Por definición en esta categoría de contratos las cualidades del contratante son esenciales,

³⁴ GAMARRA, *op. cit.*, t. IX, 3ª edición, Fcu, Montevideo, 1990, p. 227.

³⁵ GAMARRA, *op. cit.*, t. XII, p. 52.

JUS CIVILE



puesto que determinan la voluntad de concluir el negocio con esa persona. El propio Código destaca esa relevancia al disponer la extinción de la relación obligatoria cuando se produce la muerte del sujeto en cuya consideración se otorgó el contrato (arts. 776, 1292, 1849 y 2219). Si cuando se contrata en base a las cualidades personales de uno de los contratantes su muerte provoca la extinción del contrato, por una razón de coherencia tales cualidades han de ser relevantes también en el momento de perfeccionamiento del negocio, pues hay allí un elemento que está ligado a la propia vida del contrato y que ha de gravitar en todas sus etapas³⁶, no solo en la fase de ejecución.

3. – Frente a un supuesto de error relevante de los anteriormente descritos deviene trascendente el examen de su *origen*, puesto que pudo ser producto de la propia negligencia del contratante. A este tipo de error se le denomina *inexcusable*, categoría que no ha sido prevista por nuestro Código Civil³⁷.

En términos generales se lo define como aquel tipo de error que se origina en la negligencia del declarante, pues si hubiera actuado con la diligencia del buen padre de familia lo hubiera advertido, impidiendo así incurrir en el mismo. Se trata según GAMARRA de aquel error “*que hubiera podido ser evitado con una conducta diligente de la víctima, la cual cae en error por pereza, por distracción grosera, porque omite informar, etc.*”, como sucede por ejemplo en los casos en que alguien contrata sin conocer el alcance de las cláusulas que se emplean en el contrato, como la cláusula CIF, o contrata dos seguros cubriendo un mismo riesgo³⁸.

Destaca COELHO DE OLIVEIRA que en el Derecho romano el error no tuvo mucho favor, si bien se distinguía el error de derecho del error de hecho; al primero no se lo admitía y se lo denominaba “*inexcusable*”, a diferencia del segundo que siempre estuvo admitido y por ende le llamaban “*excusable*”. Estos términos explicaban el porqué de la distinción, pues para los romanos la ley no puede ignorarse y de allí que se infiriera que nadie conociendo la ley puede interpretarla falsamente. La rigidez del principio se debía a que el que se excusaba alegando error de derecho era reputado haber incurrido en una gran negligencia y ésto— que se sentó como una presunción absoluta— impedía que pudiera ampararse o excusarse de ignorar lo que debía conocer y de conocer mal lo que debió conocer bien. Equiparaban así la ignorancia de la ley con el error de derecho. De la máxima *nemo ius ignorare censetur* se ha llegado a la conclusión que en el Derecho romano el error de derecho era siempre *inexcusable*³⁹.

³⁶ GAMARRA, *op. cit.*, p. 52.

³⁷ El Código Civil francés, con la reforma del Derecho de los Contratos 10 de febrero de 2016, incorpora la exigencia de la *inexcusabilidad* para que el error provoque la nulidad del contrato. Dispone el artículo 1132: “*L’erreur de droit ou de fait, à moins qu’elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu’elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant*”.

³⁸ GAMARRA, *op. cit.*, p. 79.

³⁹ COELHO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

JUS CIVILE



El problema central del llamado *error inexcusable* radica en dilucidar si a pesar del mismo el errante debe conservar el derecho potestativo de pedir la *declaración judicial* de nulidad del contrato, o si por el contrario ha de ser privado de tal derecho, como un mecanismo de sanción a su negligencia, pero también de prevención al daño que se le irroga a la contraparte al extinguirse el contrato en cuya validez ha confiado.

La doctrina en general no ha dado una respuesta uniforme al problema⁴⁰. En el sistema español, donde tampoco ha sido previsto por el Código Civil, doctrina y jurisprudencia exigen la *excusabilidad* como requisito del error relevante. Según destaca DÍEZ-PICAZO⁴¹, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de esencial, debe ser excusable. Ello se deduce por la jurisprudencia de los principios de la autorresponsabilidad y buena fe, siendo inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando la diligencia media. En función de ello, “*de acuerdo a los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso personales, y no solo las de quien ha padecido el error*”, con el objetivo de “*impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces su protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración*”⁴². Añade el doctrinario que en términos generales la jurisprudencia ha utilizado el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, diligencia que se aprecia considerando las condiciones de las personas, que es mayor cuando se trata de un profesional o experto.

En la doctrina italiana, como advierte PIETROBON⁴³, domina la opinión que la excusabilidad no tiene ya relevancia, pues el Codice ha optado por exigir únicamente la esencialidad y reconocibilidad del error. A su juicio el silencio del legislador sólo puede tener valor si responde a la convicción de que el Código ha realizado una elección, de modo que al requerir la reconocibilidad, ha excluido la relevancia de la excusabilidad. Añade el doctrinario que se ha pretendido admitir la existencia de la excusabilidad por dos caminos: o aceptando la existencia de un principio que proclame una valoración moral del comportamiento de las partes contratantes, o aceptando la idea de que en base al principio de autorresponsabilidad un evento objetivamente considerado puede referirse al sujeto a título de culpa y no de voluntad. La concepción basada en la valoración moral del comportamiento de las partes se ha expresado a través de dos crite-

⁴⁰ La doctrina tradicional se inclinaba por requerir la excusabilidad como requisito para que el error vicie la voluntad y la nulidad pueda invocarse. Entre otros: G. GIORGI, *Teoria delle Obbligazioni nel Diritto Moderno*, t. 4, Firenze, 1895, N° 69, p. 87. M. PLANIOL– G. RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil français*, t. VI, LGDJ, Paris, 1930, p. 239. G. RIPERT, *La règle morale dans les Obligations Civiles*, LGDJ, Paris, 1949, pp. 75 y 82. L. JOSSE-RAND, *Derecho Civil*, t. II, Vol 1, Ejea, Buenos Aires, 1950, p. 56. COELHO DE OLIVERIA, *op. cit.*, pp. 131-132. J. A. PRUNELL, *Obligaciones*, Publicaciones del CEN, Montevideo, 1956, p. 54.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1996, p. 184.

⁴² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., p. 184.

⁴³ V. PIETROBON, *El error en la doctrina del Negocio Jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pp. 268-280.

JUS CIVILE



rios diferentes en cuanto a la medida de la diligencia (si debe ser la diligencia media o una culpa grave), diferente valoración que responde a una diferencia en el ámbito de aplicación del error, pues mientras para unos la regla de la excusabilidad solo rige para el error vicio, para otros se extiende a los casos de discordancia entre voluntad y declaración (error obstáculo). El fundamento de la pretendida relevancia de la excusabilidad se encuentra en definitiva en una exigencia de orden moral directamente vinculada a la tutela del errante y no a la perturbación que el error ha provocado en la voluntad negocial.

Concluye PIETROBON que no puede aceptarse en materia de error un principio general que proclame valorar moralmente la conducta de las partes, pues *“no existe un límite general a la eficacia de las causas subjetivas de invalidez, que imponga o permita apreciar si quien la invoca es digno por su diligencia de la tutela del ordenamiento y, como consecuencia, tampoco existe la regla de la excusabilidad”*⁴⁴.

En la doctrina nacional CARDOSO⁴⁵ rechazó la doctrina de la excusabilidad fundado en que la ley no distingue, confiriéndole a la otra parte contratante una acción indemnizatoria por el perjuicio sufrido. Por su parte COELHO DE OLIVEIRA⁴⁶ ha señalado que el error inexcusable no produce la anulación del contrato, porque le es imputable al declarante; siguiendo a Fubini entiende que no hay porqué distinguir error excusable e inexcusable, entre error culposo y no culposo, pues el error siempre es excusable y si no lo es no es error; *“la culpa lleva consigo la inexcusabilidad y no puede colocarse paralelamente a este instituto del error como un accesorio a los efectos de la indemnización”*.

GAMARRA destaca que hay que distinguir dos aspectos fundamentales, que dan lugar a dos posibles soluciones: 1) Sostener que la conducta negligente o descuidada del contratante víctima del error configura un comportamiento culpable, que obliga al mismo a reparar el daño, pero de manera alguna lo priva de la acción de nulidad, que le asiste al contratante víctima, pues el consentimiento no resulta menos viciado en caso de error inexcusable, que en el caso de error excusable, dado que en ambos hay un error y el vicio de la voluntad existe y el contrato es inválido (tesis de la irrelevancia de la excusabilidad como requisito del error). 2) Postular que el carácter inexcusable del error debe comportar una reacción más fuerte y radical, que debe conducir a la privar al errante de la acción de nulidad (tesis de la relevancia de la excusabilidad como requisito del error).

Esta segunda alternativa (tesis positiva), como bien señala el Maestro GAMARRA, carece completamente de apoyo en la ley, lo que ha llevado a la doctrina a oponerse a la doctrina de la inexcusabilidad, puesto que aunque la ignorancia o el error sean groseros, el consentimiento está viciado; la ley no considera la ignorancia, sino el error que de ella resulta⁴⁷. No obstante, en otra

⁴⁴ V. PIETROBON, *op. cit.*, N° 60, p. 280.

⁴⁵ Citado por GAMARRA, *op. cit.*, t. XII, p. 81.

⁴⁶ COELHO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

⁴⁷ GAMARRA, *op. cit.*, p. 80.

JUS CIVILE



parte de su Tratado⁴⁸ parece adoptar la posición contraria, al enfatizar que si bien la culpa del errante siempre tiene relevancia, pues surge la obligación de reparar el daño, “*cuando el juez encuentra que esta culpa es inexcusable debe desestimar la reclamación tendiente a invalidar el contrato*”.

En esta última dirección la Suprema Corte de Justicia –en el fallo ya citado⁴⁹– ha sostenido que este error no puede ser invocado por el errante, “*porque al ser fruto de la negligencia de los vendedores, el error pudo ser evitado, por lo que se vuelve inexcusable y no puede alegarse*”. Se basa en que “*nadie puede valerse de su propia negligencia*”⁵⁰, exigencia que “*encuentra su fundamento en la aplicación de principios esenciales de la contratación, como son el de buena fe y el de auto responsabilidad*”. De ello deduce la Corporación que “*es necesario que quien invoca el error pueda demostrar que su acto no fue producto de una negligencia grave, sino del comportamiento corriente de un hombre común actuando con la diligencia debida*”.

No compartimos el criterio del máximo órgano. En primer lugar, porque implica una **sanción sin norma que lo sustente**, pues en definitiva conduce a la privación del derecho de alegar y peticionar la declaración judicial de la **nulidad relativa** del contrato, que conforme a los arts. 1562 y 1568 del c.c. le asiste a la víctima, *sin más excepciones* que las previstas para el caso de dolo del incapaz (art. 1563), hipótesis en que ni él, ni sus herederos o cesionarios de contrato, podrán alegarla, representando una sanción a la conducta ilícita del contratante.

En segundo término, porque la ley no atiende al **origen** del error, sino a su **objeto o materia**. El Código no distingue entre error excusable o inexcusable, siendo suficiente para viciar la voluntad que recaiga sobre algunos de los extremos rígidamente tipificados por el legislador, puesto que lo que se tutela es la libre determinación de la voluntad (no la diligencia empleada) y la voluntad no está menos viciada si el error es producto de la negligencia del declarante. En este plano se aprecian las sustanciales diferencias con el dolo, porque tratándose de un error provocado la ley valora el origen del mismo (la conducta ilícita del otro contratante), prescindiendo de la materia sobre la cual recae el error, mientras que en el error propiamente dicho prescinde del origen para atender a la materia sobre la que versa.

En tercer lugar, porque **no existe norma legal** que imponga al sujeto que impugna el negocio la *carga* de probar que su error no ha sido producto de una grave negligencia. Las normas que distribuyen la carga de la prueba (arts. 1573 c.c. y 139 del C.G.P.) sólo exigen que el actor pruebe los extremos constitutivos de su pretensión, que en la especie no son otros que haber incurrido en alguna de las especies de error previstas por el art. 1271 del c.c., no requiriéndose en

⁴⁸ GAMARRA, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁹ SCDJ, 7 noviembre 2013, n. 531, 712.

⁵⁰ En una línea similar –en un caso que no configuró vicio de consentimiento, pues se trataba del error en el meraje del apartamento– el TAC 7°, 15 abril 2015, n. 341, en *Doctrina y Jurisprudencia del Derecho Civil*, t. IV, 2016, 538, señala que “*no puede alegar error cuando ni siquiera se preocupó de examinar la cosa*” y “*no puede equivocarse quien no tomó el elemental cuidado de ver lo que contrataba*”, “*pretendiendo fundar la demanda en su propia culpa*”.

JUS CIVILE



absoluto tener que demostrar el grado de diligencia empleado en las circunstancias en que se produjo el error.

Finalmente, porque la máxima que “nadie puede valerse de su propia negligencia” –como el brocardo “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*” y otros similares– no es un principio jurídico de general aplicación, sino una **orientación legislativa**, cuya concretización requiere de una norma legal, tal como agudamente lo ha demostrado CARRARO⁵¹ para la máxima “*fraus omnia corrumpit*”.

Tampoco podría pensarse, como postulaba DEMOGUE⁵², que la privación de la acción de nulidad sería una forma de *reparación en especie*, pues como advierte GAMARRA, mal puede resarcirse algo que todavía no se ha producido y que solo la anulación del contrato podría producir, de manera que lejos de repararlo, lo previene⁵³.

Para justificar la privación del derecho a pedir la nulidad COVIELLO⁵⁴ recurre a un principio de justicia y equidad, consignando que el negocio debe reputarse válido porque si fuese anulado la parte perjudicada tendría derecho a la reparación del daño y “*la ley no puede autorizar el ejercicio de una acción encaminada a producir un daño, que después, así sea por una vía distinta, se debe reparar*”. De esa manera, en su opinión, el principio del predominio de la voluntad sobre la manifestación encuentra un justo límite en culpa, y por ende, en la responsabilidad del declarante.

A nuestro juicio, sea o no excusable el error, la víctima mantiene siempre su derecho a pedir la declaración judicial de la nulidad, porque como se expresó, el Código no le asigna relevancia al origen del vicio, sino a la materia sobre el que recae y porque, además, quitarle el derecho a impugnar el negocio comporta una *sanción sin texto legal* que lo habilite. La nulidad es una reacción negativa del ordenamiento frente a un negocio que nace en disconformidad con el modelo legal, un instrumento de control normativo que comporta un juicio de disvalor de los intereses programados⁵⁵, en la que todos los sujetos legitimados tienen derecho a solicitar al juez la declaración de la misma. Y las situaciones en que por vía de sanción la ley privó al contratante de tal derecho son únicamente dos: en la *nulidad absoluta*, cuando se contrató sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1561); en la *nulidad relativa*, cuando medió dolo del incapaz para ocultar su falta de capacidad (art. 1563). Tratándose de verdaderas sanciones comportan *normas excepcionales*, insusceptibles de extensión analógica y de interpretación extensiva. Más allá de ello, si aplicamos la **norma general exclusiva** (*argumento a contrario*), dado que el caso no regulado (error inexcusable) es diferente a los casos regulados (contratar

⁵¹ L. CARRARO, *Valore attuale della massima “fraus omnia corrumpit”*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, N° 4, 1949, p. 782 ss.

⁵² R. DEMOGUE, *Des Obligations en Général*, t 1, Arthur Rousseau, París, 1923, p. 412, señala que el juez podría mantener el contrato o anularlo con indemnización, acordando la reparación en natura o en dinero.

⁵³ Según JOSSERAND, *op. cit.*, p. 56, la privación sería a título de “*sanción preventiva*”.

⁵⁴ N. COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, Uteha, México, 1938, p. 400.

⁵⁵ Cfme. R. TOMMASINI, *La patologia dei contratti*, en *Lezioni di Diritto Civile*, Esi, Napoli, 1993, pp. 190-191.

JUS CIVILE



sabiendo o debiendo saber el vicio; dolo del incapaz), corresponde excluir el caso no previsto de la regulación de los casos previstos; si aplicamos la **norma general inclusiva** (*argumento a simili*) también hay que excluir el caso no previsto de la regulación de los casos previstos, pues no son similares, ya que el supuesto en que se contrató debiendo saber el vicio (culpa) solo ha sido previsto para la nulidad absoluta⁵⁶.

Por lo tanto, si en el error el interés tutelado es la libertad del sujeto en la regular determinación y formación de su voluntad, se impone la solución a favor del mantenimiento de su derecho a impugnar el negocio, a pesar de que el error fuera producto de la negligencia del mismo. Pero en tal caso, dada la necesidad de tutela de otro interés legítimo concurrente, como lo es del de la contraparte que ha confiado en la validez del negocio, le asistirá a ésta el derecho a la reparación del perjuicio. De esta forma se logra la armonización de los intereses en juego, conjugando la tutela del errante y la protección del contratante lesionado, mediante la operativa de las reglas sobre la validez del negocio con las atinentes al comportamiento, en forma similar a lo que acontece en otras situaciones legalmente previstas –art. 1672, por ejemplo– donde concurren nulidad y responsabilidad precontractual.

Coincidimos plenamente con la opinión de MESSINEO, para quien las restricciones en materia de acciones de invalidez deben considerarse de derecho estricto y por ende insusceptibles de extenderse por analogía. Según el doctrinario italiano el Codice guarda silencio al respecto, exigiendo como requisitos solamente la esencialidad y reconocibilidad; por tanto, “*aunque el error sea inexcusable, no menoscaba el derecho de impugnación del que yerra*”⁵⁷.

Por su parte PIETROBON ha cuestionado el argumento que las restricciones en materia de anulabilidad son de derecho estricto y por tanto, inaplicables por analogía, señalando que el principio de tipicidad en materia de causas de anulabilidad deriva de la necesidad de encontrar un fundamento concreto en la ley, pero tal principio tiene valor “*únicamente para la previsión del hecho invalidante, no para los presupuestos de su eficacia*”⁵⁸.

Pensamos que esta distinción que formula el doctrinario italiano no tiene sustento en la ley, pues cuando el legislador regula las causas de nulidad también disciplina los requisitos para su eficacia, requiriendo en materia de error que recaiga sobre algunos de los supuestos previstos, que si versa sobre una cualidad no esencial debe ser el principal motivo para contratar y que ello sea conocido por la otra parte, que el dolo sea determinante, que la amenaza antijurídica en la violencia moral haya infundido un temor fundado, previendo además quiénes son los legitimados para impugnar el negocio y en qué casos no puede hacerlo la parte contratante.

Admitir que se introduzcan exigencias que la ley no previó, porque la tipicidad *no rige* para las condiciones de eficacia del hecho invalidante, conduce en definitiva a alterar el propio supuesto típico (hecho invalidante) y lo que es más grave, a privar al contratante del derecho a im-

⁵⁶ Sobre el punto *vide* BOBBIO, *Teoría*, cit., pp. 228-230.

⁵⁷ MESSINEO, *Doctrina*, cit., p. 135.

⁵⁸ PIETROBON, *El error*, cit., p. 265.



pugnar el negocio por vía interpretativa, aplicando una sanción punitiva sin base legal que lo disponga.

Por lo expuesto se concluye que es irrelevante la excusabilidad del error, pues el errante merece protección toda vez que tenga una inexacta representación de la realidad, aun cuando fuera evitable con una conducta medianamente diligente⁵⁹.

4. – Como viene de expresarse, en caso de error inexcusable el sujeto víctima del error conserva el derecho a pedir la declaración judicial de la nulidad. Pero la extinción del contrato como consecuencia de su ejercicio confiere a la contraparte el derecho a obtener la reparación integral del daño causado, puesto que ha confiado en la validez del negocio, y por ende, en la producción de todos sus efectos.

Enseña GAMARRA⁶⁰ que la responsabilidad precontractual solo tardíamente fue advertida como una figura autónoma, pues los códigos de raíz francesa carecen de una disciplina general y las disposiciones particulares que en ellos figuran corresponden a previsiones concretas, no a la sistematización de principios que el legislador naturalmente ignoró.

Destacan GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO⁶¹ que el origen de la denominada *culpa in contrahendo* se remonta a la segunda mitad del siglo diecinueve, cuando Ihering buscó dar respuesta al problema de si la parte que había cometido un error esencial al otorgar el contrato respondía frente a la otra del daño que había sido causado por su culpa. Las fuentes romanas lo llevaron a postular que existe tal responsabilidad, pues la parte que ocasiona la nulidad del contrato debe responder del daño causado por la anulación del negocio, no porque el contrato sea inválido, sino porque debiendo tener conocimiento de ello, no previno a la otra parte, causándole un perjuicio. Expresan que esa idea fue recogida por autores posteriores y recibida en diversas normas, tanto del BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) como del Código Civil suizo, si bien en ninguno de ellos se formula un principio general de la responsabilidad civil surgida en esa fase, por lo que habrá que esperar hasta mediados del siglo veinte para que tal principio reciba consagración legislativa, primero en el Código Civil griego de 1940 (arts. 197 y 198) y en el Código Civil italiano de 1942 tiempo después (arts. 1337 y 1338), siendo seguidos por el Código Civil portugués de 1967 y el ZGB de la República Democrática Alemana de 1975.

Sin embargo, puntualizan las doctrinarias españolas, “*la vitalidad de la figura ha derivado mayormente de la práctica jurisprudencial alemana que, considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza (Vertrauenshaftung), ha construido sus bases teóricas, ha extendido su ámbito de aplicación de manera inicialmente insospechada y ha servido, en mayor*

⁵⁹ Cfme. R. CALVO– A. CIATTI, *Diritto Privato*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 401.

⁶⁰ GAMARRA, *Tratado*, cit., t. XI, 4ª edición, Fcu, Montevideo, 2006, p. 61.

⁶¹ M. P. GARCÍA RUBIO– M. OTERO CRESPO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo*, en *Rev. Indret*, 2/2010, p. 4.

JUS CIVILE



o menor medida, como modelo a la literatura jurídica y la jurisprudencia de buena parte de los países europeos hasta fechas muy recientes”.

Las dificultades que se generaban en los supuestos de contrato inválido por un error vicio del consentimiento del que se ocupó Ihering radicaban en que la nulidad del negocio parecía excluir la responsabilidad. Sin embargo, para él tenían naturaleza contractual, pues cuando dos sujetos entran en relación con miras a la celebración de un contrato, deben responder en la formación del negocio por la misma culpa que en la ejecución, basándose en un pacto tácito de garantía relativo a las condiciones de validez de mismo, pues cada parte contratante debe verificar que no exista nada que obste a la validez del negocio, sea por vicio de la voluntad, perecimiento del objeto que se vende, o por otra circunstancia cualquiera.

En el supuesto a examen se está en presencia de una responsabilidad que tiene lugar en el período precontractual y cuya naturaleza es objeto de controversias en la actualidad, extremo éste de capital importancia debido a que en nuestro sistema civil las órbitas contractual y extracontractual presentan importantes diferencias de régimen jurídico, en temas tales como los plazos de prescripción, los daños resarcibles, la mora, la capacidad y la solidaridad⁶².

A nuestro juicio⁶³ esta es una cuestión que no puede resolverse dogmáticamente en forma abstracta, debiendo tenerse en cuenta el dato del Derecho Positivo, no sólo porque algunos sistemas tienen normas concretas que regulan el fenómeno precontractual, sino también porque en ello incide la regulación de la responsabilidad civil, en algunos casos con un régimen jurídico uniforme, en otros con normas distintas para la responsabilidad contractual y la aquiliana, incluso dentro de los sistemas que contienen dos regulaciones varía la configuración de una y otra, como acontece en Francia, donde la disciplina de la responsabilidad contractual queda limitada al incumplimiento de una obligación emergente de un contrato. No pueden soslayarse estos extremos a la hora de examinar el problema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. Así, en el sistema alemán antes de la reforma de 2001 imperaba la concepción de la tipicidad del ilícito extracontractual, pues de acuerdo a los arts. 823 y 826 del BGB solo eran resarcibles los daños previstos y no se contemplaba al incumplimiento como comportamiento antijurídico, lo que llevó a la doctrina y a la jurisprudencia alemana a la construcción de la categoría de los *deberes de protección* (schutzpflichten), con la función política de corregir los defectos del régimen del ilícito civil⁶⁴. Similar reflexión merece el sistema italiano, donde existen normas de portada general (arts. 1337, 1338 y 1175), insertas las dos primeras dentro de la Teoría General del Contrato y más concretamente en sede de consentimiento, dato que le imprime un claro sesgo contractual, pues como ha dicho MENGONI, los deberes de protección han extendido la tutela de la relación obligatoria, y consiguientemente el régimen de la responsabilidad

⁶² Sobre el punto *vide*: GAMARRA, *Tratado*, cit., t. XX, 2ª edición, Fcu, Montevideo, 2003, pp. 38-44. RODRÍGUEZ RUSSO, *Contornos*, cit., pp. 263-265.

⁶³ Así lo expresamos en *Contornos*, cit., pp. 254-255.

⁶⁴ L. MENGONI, *La Parte Generale delle Obbligazioni*, en *Riv. crit. dir. priv.*, N° 3, 1984, pp. 509-510.



contractual, al interés de ambas partes en preservar su persona y bienes del riesgo específico de daño generado por la particular relación que se ha instaurado entre los dos sujetos. Deberes de protección que según el ilustre civilista italiano no reciben su determinación de sentido del deber genérico del *neminem laedere*, sino de la relación específica en la cual están insertos. Tales normas han llevado incluso a postular la autonomía de la responsabilidad precontractual en el sistema italiano, su carácter de *tertium genus*⁶⁵.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional se pronuncia por la naturaleza contractual. También sostiene su carácter contractual la doctrina italiana⁶⁶, no así la jurisprudencia, en la que predomina la naturaleza extracontractual, si bien recientemente parece revertirse esa tendencia con algunos pronunciamientos de la Corte di Cassazione, según anota la doctrina más reciente⁶⁷. En efecto, la Cassazione (20 diciembre 2011, n. 27648) postula la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo* al considerar que ha sido prevista en el art. 1337 del Codice una *obligación* de actuar de buena fe, por lo que el contacto social calificado por el propio legislador presenta todos los elementos del art. 1173, siendo por ende el *contacto negocial* una fuente de obligaciones en tanto figura “normativamente calificada”⁶⁸. En la doctrina y jurisprudencia francesa, por su parte, es dominante la tesis extracontractual, dado que la responsabilidad contractual está circunscripta al incumplimiento de un contrato válido⁶⁹.

En la medida que en el sistema civil uruguayo son dos las tesis contendientes (naturaleza contractual o extracontractual), siendo dominante la que le asigna naturaleza contractual a esta

⁶⁵ R. SACCO, *Culpa in contraendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, en *Riv. dir. comm.*, 1951, pp. 82-86. V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, en *Enc. dir.*, vol. XXXIX, 1989, pp. 1265-1274. G. VISINTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, vol. 1, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 260-261 (recientemente la autora aborda el tema desde la praxis jurisprudencial italiana: *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, en *Contratto e impresa*, N° 2, 2017, p. 335 ss.).

⁶⁶ Véase por todos: F. BENATTI, *La Responsabilità Precontrattuale*, Esi, Napoli, 2012 (ristampe). L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, en *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 360 ss. T. FEBBRAJO, *La “nuova” responsabilità precontrattuale*, en *Riv. dir. priv.*, N° 2, 2011, pp. 195-228; *Good faith and Pre-contractual liability in Italy: recent developments in the interpretation of article 1337 of the Italian Civil Code*, en *The Italian Law Journal*, Vol. 2, N° 2, 2016, pp. 291-312. A. RICCIO, *Culpa in contrahendo e pactum de tractando: rimedio risarcitorio contro l'ingiustizia contrattuale*, en *Contratto e impresa*, N° 6, 2006, pp. 1448-1478. C. TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e “incoerenze” della Suprema Corte*, en *Rass. dir. civ.*, N° 4, 2015, pp. 1245-1278. E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, en *Contratto e impresa*, N° 1, 2017, pp. 243 ss.

⁶⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *Effettività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso Cir C. Fininvest*, en *Res. civ. e prev.*, N° 1, 2014, pp. 42-52. *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*, en *Nuova giur. civ. com.*, N° 7-8, 2014, pp. 353-361. *Tuella dell'afidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, en *Res. civ. e prev.*, N° 6, 2012, pp. 1944-1959. A. ZACCARIA, *La natura de la responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, en *Riv. dir. civ.*, vol. 61, N° 2, 2015, pp. 345-358.

⁶⁸ Vide ZACCARIA, *op. cit.*, pp. 346-347. C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 1245 ss. Más recientemente la Cassazione vuelve a reafirmar la naturaleza contractual de esta responsabilidad (Cass. 12 julio 2016, n. 14188).

⁶⁹ R. SAVATIER *Traité de la Responsabilité Civile*, t. 1, LGDJ, París, 1939, p. 140. J. CARBONNIER, *Droit Civil*, 4, Presses Universitaires, París, 1969, p. 416. R. RODIÈRE, *Responsabilité Contractuelle*, en *Enc. Dalloz*, t. VI, 1975, p. 2. G. VINEY, *Traité de Droit Civil. Introduction à la Responsabilité*, LGDJ, 1997, p. 321 ss. P. JOURDAIN, *Les Principes de la Responsabilité Civile*, Dalloz, París, 2010, pp. 33-40.

JUS CIVILE



responsabilidad, examinaremos seguidamente los principales argumentos que permiten sustentarla, para realizar finalmente algunas anotaciones críticas que nos parecen susceptibles de formularse contra la misma. En este plano gravita la forma en que se conciba a la cláusula general de la responsabilidad extracontractual (art. 1319): como un supuesto en el que los sujetos están indeterminados, debido a la ausencia de toda vinculación ente dañante y dañado, que entran en contacto precisamente a raíz de la causación del daño, o bien como un supuesto basado en la naturaleza del deber infringido por el comportamiento ilícito, en tanto se trata de un deber jurídico no obligacional (*neminem laedere*), que no tiene por contenido un deber de prestación. De acuerdo a la primer tesis se expande el radio de la responsabilidad contractual, desanclándola del exclusivo supuesto del incumplimiento de un deber primario de prestación, mientras que conforme a la segunda se la restringe al específico supuesto del incumplimiento obligacional, manteniéndose así el primado de la responsabilidad aquiliana como disciplina general de todo el sistema de responsabilidad civil.

En suma, el punto central radica en si la nota tipificante para la configuración de la responsabilidad aquiliana está en la indeterminación de los sujetos o más bien en la naturaleza del deber jurídico infringido, solución que como veremos no puede obtenerse dogmáticamente, puesto que en ello inciden las coordenadas del propio Derecho Positivo, que en el Código Civil de Uruguay (art. 1319) en nuestra opinión se orientan claramente en torno al deber jurídico que ha sido conculcado con el comportamiento ilícito, que puede ser de carácter positivo o negativo.

4.1. – La doctrina nacional asigna naturaleza contractual a esta responsabilidad⁷⁰ sobre la base de una serie de argumentos, como la violación de la obligación de actuar de buena fe, la específica determinación de los sujetos, el carácter voluntario de la relación prenegocial, la nota de positivo y concreto del deber de conducta que se infringe en la relación de contacto social que se instaura entre las partes en ese período, el art. 32 de la Ley N° 17.250, que específicamente califica a la buena fe como una obligación.

En cuanto a la **obligación de actuar de buena fe** señala GAMARRA⁷¹ que en el período precontractual se crea una particular vinculación entre las partes, que determina una situación de confianza objetivamente valorable, donde impera ampliamente la obligación de actuar de buena fe objetiva, que una serie de normas se encargan de explicitar (arts. 1672, 1721, 1804, 2204, 2236, 2349 CC). A su juicio la aplicación analógica de la buena fe no se realiza por una extensión del período de ejecución del contrato (art. 1291) hacia el período precontractual, sino que

⁷⁰ GAMARRA, *Tratado*, cit., t. XI, p. 73 ss. J. BLENGIO, *Reflexiones sobre la responsabilidad precontractual*, en *Tribuna del Abogado*, noviembre-diciembre 2005, p. 8 ss. L. LARRAÑAGA, *Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual*, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, t. III, 2015, p. 151 ss. C. DE CORES – R. GAMARRA– B. VENTURINI (Directores), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*, t. 1, *Incumplimiento de Contrato*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013, pp. 205-206, se pronuncian por la naturaleza extracontractual, aunque formulando una distinción en cuanto al daño resarcible en los contratos discrecionales y en los contratos de consumo.

⁷¹ GAMARRA, *Tratado*, t. XI, p. 73 ss.

JUS CIVILE



tiene lugar en el propio ámbito de este período, siendo evidente que allí se tiende a sancionar un comportamiento contrario a la buena fe. Todas las normas citadas para el encumbrado tratadista compatriota “*obligan a los tratantes a desarrollar una conducta positiva, plasmada en deberes de información concretos, con el propósito de lograr una representación de los datos negociales ajustada a la realidad*”; “*imponen a los tratantes comportamientos positivos en interés del otro sujeto determinado con el cual está en relación, a diferencia de lo que sucede con los deberes negativos genéricos o absolutos (erga omnes) del neminem laedere*”⁷². Añade que la jurisprudencia nacional ha proclamado que en el período de las tratativas las partes deben ajustarse al principio general de la buena fe, que en nuestro sistema tiene raigambre constitucional y jerarquía supra legal (arts. 7, 72 y 332 de la Carta) y que “*la regla de la buena fe crea entonces vínculos de naturaleza obligacional y no meros deberes extracontractuales; por lo tanto su incumplimiento genera responsabilidad contractual*”. Y si la buena fe en la ejecución del contrato tiene naturaleza contractual, la misma naturaleza debe serle atribuida a la precontractual. En esa dirección la Suprema Corte de Justicia⁷³ ha señalado que el plazo de prescripción es el de la responsabilidad contractual, por ser la misma un subtipo de ésta, al verificarse “*la violación de la obligación preexistente de comportarse según el principio de buena fe en el período precontractual*”.

Una segunda línea argumental consiste en la **voluntariedad** de la relación precontractual y en el carácter **positivo y concreto** de los deberes que gravan a los sujetos en ese período, a diferencia de lo que acontece con la responsabilidad aquiliana, donde los deberes infringidos son negativos y genéricos. Según GAMARRA⁷⁴, “*la circunstancia de que dos sujetos aproximen sus esferas de intereses, no por un acto involuntario sino deliberadamente, otorga una más intensa coloración social al vínculo, reclamando la aplicación de los principios del solidarismo y la cooperación*”. No es la situación de *no relación* que caracteriza a la responsabilidad extracontractual, sino de verdaderas relaciones, en el que el contacto social calificado que se crea como antesala del contrato en la etapa de las tratativas explica los deberes específicos que incumben a los sujetos y que no se conciben sin ella, dado que refieren a una actividad preparatoria del contrato destinada a proporcionar a los sujetos un conocimiento de la materia negocial que corresponda a la realidad. Por tanto, tiene naturaleza positiva y concreta el deber precontractual de actuar de buena fe, a diferencia de la responsabilidad extracontractual donde los deberes son negativos (no dañar) y genéricos, puesto que se tienen respecto a un número indeterminado de sujetos. Considera que la naturaleza contractual se reafirma si se tiene presente que la relación prenegocial es de carácter voluntario y existe un deber preconstituido.

⁷² GAMARRA, *op. cit.*, pp. 78 y 86.

⁷³ SCDJ, 15 setiembre 2004, n. 274, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXXV, 2006, 500. Sobre el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe como generadora de responsabilidad precontractual: TAC 1°, 22 julio 2009, n. 83; TAC 2°, 30 setiembre 2009, n. 116, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XL, 2010, 726 ss. SCDJ, 28 Setiembre 2012, n. 820, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XLIII, 2013, 692 ss.

⁷⁴ GAMARRA, *op. cit.*, pp. 89-90.

JUS CIVILE



En una línea similar en la doctrina italiana BENATTI⁷⁵ expresa que las obligaciones derivadas de la buena fe ex art. 1337 del Codice tienden a la *promoción y satisfacción* de la expectativa del otro sujeto con el cual se está en relación, en tanto los deberes negativos de conducta, como el del *neminem laedere*, tienden a la *conservación y el mantenimiento* de un estado de hecho. Los primeros van dirigidos a *realizar* el interés ajeno; los segundos a *protegerlos* de su violación. Por su parte CASTRONOVO, partiendo de la existencia de una **obligación sin prestación**, donde tiene relevancia en el plano fáctico una confianza a la cual la buena fe conecta obligaciones, destaca que la observancia de las mismas tiene por función *conservar* la esfera jurídica de la otra parte, no de *cambiarla*, como en el caso de la obligación con deber primario de prestación. Y que la buena fe emerge como la fuente de tales obligaciones, de manera que se convierte en autónoma respecto del contrato y de la obligación de prestación⁷⁶, en la que la obligación sin prestación aparece como una categoría más amplia respecto de la culpa in contrahendo, “*como fase madura de una re teorización de la relación obligacional*”, con un espacio aplicativo propio que ninguna figura alternativa parece capaz de desplazar..

Un tercer fundamento para postular la mentada naturaleza contractual radica en la **específica determinación de los sujetos** de la relación precontractual: “*el sujeto que entra en tratativa con otro tiene la obligación de observar las normas de la buena fe respecto del otro sujeto determinado que se ha puesto en contacto con él*”⁷⁷. Los sujetos ya están determinados antes del evento dañoso y los deberes que se crean no se conciben respecto a quienes son ajenos a las tratativas; en la responsabilidad aquiliana, por el contrario, para que se concrete el comportamiento debido es necesario que los sujetos entren en contacto, por lo que antes del mismo la obligación no existe, porque el deber no está impuesto en beneficio de un determinado sujeto.

Finalmente, la Ley 17.250 califica expresamente a la buena fe como una **obligación**, argumento que no ha dejado de invocar GAMARRA a favor de su tesis, señalando que “*la reciente Ley de Relaciones de Consumo impone al proveedor “la obligación de actuar de buena fe... en la etapa precontractual” (art. 32), texto que apoya la tesis contractualista dentro del ámbito que corresponde a tal tipo de relación, que en la actualidad puede ser el mayor ámbito negocial cuantitativamente hablando*”⁷⁸.

4.2. – Entendemos que en la etapa precontractual lo que en rigor se infringen son *deberes* que emanan del principio de buena fe, de observar la lealtad y corrección necesarias exigida por las convicciones éticas imperantes en una determinada comunidad social. Pero la buena fe objetiva técnicamente no constituye una *obligación*⁷⁹, sino un mero deber jurídico, pues carece de

⁷⁵ BENATTI, *La Responsabilità*, cit., pp. 129-131.

⁷⁶ C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, en *Riv. eur. e dir. priv.*, N° 3, 2009, p. 680.

⁷⁷ GAMARRA, *op. cit.*, p. 91.

⁷⁸ GAMARRA, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁹ Así lo expresamos en algunos trabajos anteriores: *El sistema de responsabilidad civil y su fundamentación*



patrimonialidad y coercibilidad, que son precisamente las notas tipificantes de la categoría⁸⁰.

En ese sentido expresa CARNELLI⁸¹ que si en las pretendidas “*obligaciones precontractuales*” el destinatario de las conductas impuestas carece del derecho subjetivo de pretensión de reclamarlas y solamente tiene derecho al resarcimiento del daño causado por su inobservancia, una sola consecuencia se impone: no pueden calificarse técnicamente de obligaciones por falta-res el *derecho de pretensión*, que es el correlato del deber de prestación.

Con la precisión característica señala GIORGIANNI que tres son las notas que permiten individuar la *obligación* dentro del amplio campo del *deber jurídico*: la específica determinación de los sujetos, la patrimonialidad de la prestación y la dirección del deber, que va destinado a satisfacer el interés de una persona determinada (acreedor). Justamente, uno de los reflejos de esta característica de la obligación es el nacimiento de un poder (derecho subjetivo) a favor de la persona cuyo interés está destinado a ser satisfecho por el comportamiento del deudor⁸².

La buena fe, por el contrario, carece de la nota de patrimonialidad, por lo que no puede constituir una verdadera *obligación*, con todas las consecuencias a ella asignables, como el correlativo *derecho de pretensión*, más allá que la Ley de Relaciones de Consumo así la califique.

Los partidarios de la tesis contractualista han objetado este argumento de la ausencia de patrimonialidad del deber partiendo de la patrimonialidad de la relación en la cual estarían insertos. En esa dirección expresa LARRAÑAGA⁸³, siguiendo a Andrea D’Angelo, que la buena fe objetiva no puede ser examinada en forma aislada con prescindencia del plexo negocial, esto es, del marco económico y jurídico de las tratativas, omitiendo en consecuencia la sustancia económica de la relación. No puede olvidarse que aquí las partes están delineando el futuro contrato operación económica, de manera que si se tiene presente este extremo la buena fe presenta un contenido patrimonial típico de la obligación. La buena fe “*se encuentra inserta de manera necesaria en una situación prenegocial concreta, en la cual resulta relevante la sustancia económica que toman los partícipes en las tratativas; esa sustancia es la futura operación económica que estará subyacente en el acuerdo definitivo y que se va gestando en las tratativas. Podría decir que tiene un contenido patrimonial por conexión, indirecto o comunicacional, donde la obligación de buena fe “abraza” o conecta necesariamente al contenido económico de esta específica etapa previa al contrato, como lo hace actualmente el art. 32 de la ley de relaciones de consumo 17.250*”⁸⁴.

dogmática, en *Adu*, t. XXXIII, 2003, p. 591. ID., *Nuevas reflexiones en torno al sistema de responsabilidad civil. Ensayo de fundamentación dogmática*, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, vol. 1, 2004, pp. 194-195. ID., *La interpretación*, cit., p. 96. ID., *Contornos*, cit., pp. 235-266. En la misma línea S. CARNELLI, *Ámbito propio de la responsabilidad contractual y extracontractual*, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXIX, 1991, pp. 834-835.

⁸⁰ La coercibilidad puede ser controvertida, puesto que hay autores que entienden que la responsabilidad no es un componente esencial de la obligación.

⁸¹ CARNELLI, *Ámbito*, cit., p. 835.

⁸² M. GIORGIANNI, *La Obligación*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 35 ss.

⁸³ LARRAÑAGA, *Daños y perjuicios*, cit., pp. 152-153.

⁸⁴ LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 153.

JUS CIVILE



Pensamos que esta postura no hace sino reafirmar la **ausencia de patrimonialidad** del deber de buena fe, reconociendo inclusive que no lo tiene *per se*, puesto que será en todo caso por vía *indirecta, refleja o por conexión* que asumiría esa fisonomía. No debe perderse de vista, como lo señalara GIORGIANNI, que una cosa es la patrimonialidad de la prestación y otra diferente el interés del acreedor en la misma, conforme lo establece el artículo 1174 del Código Civil italiano. Porque “*la patrimonialidad de la prestación es un carácter objetivo de ésta, que existe o no*”, de lo que se sigue un principio muy importante: “*dado que el interés del acreedor puede no ser patrimonial, mientras que la prestación debe serlo siempre, no puede considerarse inherente a la función de la obligación que el interés del acreedor tenga como objetivo el resultado económico de la prestación del deudor*”. Para que un deber pueda calificarse de obligación se exige que el mismo, “aún satisfaciendo un interés no patrimonial, tenga como contenido un comportamiento matrimonialmente valorable”⁸⁵.

En ese sentido expresa GROSSO⁸⁶ que la “*patrimonialidad de la prestación se toma en el sentido de que sea posible su valoración pecuniaria según la conciencia social*” y que el interés del acreedor no necesariamente debe ser patrimonial, aunque una vez establecida la patrimonialidad de la prestación, “*en cuanto se exige que la misma se enderece hacia el acreedor y en cuanto se considera que en esto hay un interés de aquél, de cuyo la patrimonialidad se está reflejando en una valoración del interés en la prestación. Y a su turno, el interés puede influir en la propia valoración patrimonial*”.

Pero que se trate de efectos reflejos demuestra que **en sí mismo** son dos cosas distintas la objetiva patrimonialidad de la prestación –que constituye en contenido de la obligación– y la no patrimonialidad de los deberes que forman parte de la relación en cuestión. La circunstancia que la relación prenegocial esté dispuesta con vistas a la conclusión de un contrato, que como instrumento técnico no es otra cosa que una formalización jurídica de una concreta operación económica, no determina que todos los deberes inmanentes a dicha relación sean por ello de contenido patrimonial. Pensamos que de la necesaria patrimonialidad del contrato no se puede remontar a la necesaria patrimonialidad de los deberes precontractuales, como lo son el de actuar de buena fe y los deberes de ella dimanantes, dado que se trata de dos relaciones diferentes.

Por otra parte, conectar a la buena fe con el contenido económico del futuro contrato para configurarla como una verdadera obligación significa en sustancia **convertir** en obligaciones a **todos** los deberes inmersos en la relación, sea esta relación precontractual o contractual, eliminando así las necesarias fronteras entre deber jurídico y obligación. Porque con este criterio todo deber de conducta, por el mero hecho de formar parte o estar conectado a una relación patrimonial, se convertiría automáticamente en una obligación jurídica. Y correlativamente, todos los derechos se convertirían en derechos de crédito, reduciendo la relación obligacional a una vin-

⁸⁵ GIORGIANNI, *op. cit.*, pp. 43, 63 y 65.

⁸⁶ G. GROSSO, *Las Obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, pp. 206 y 214.



culación jurídica entre situaciones exclusivas de “obligación” y “derecho de crédito”, cuando en rigor es una relación compleja que comprende una multiplicidad de situaciones jurídicas activas y pasivas, que incluye derechos, facultades, derechos potestativos, obligaciones, deberes, cargas y sujeciones.

En efecto, mientras por un lado el **deber de buena fe** carece de la nota de la patrimonialidad –rasgo tipificante de la obligación que permite individualarla como categoría autónoma dentro del amplio campo del deber jurídico– por el otro está ausente el deber primario de prestación y no existe un correlativo poder del acreedor de exigir la realización conductual inmanente a toda prestación, extremos que permiten configurar al derecho del sujeto activo de la relación obligacional como derecho de pretensión. Sin la existencia de un deber de prestación no puede haber una auténtica obligación, ni por consiguiente un derecho de pretensión, a menos que se piense en la controvertida categoría de la *obligación sin prestación* –ampliamente tratada en la doctrina italiana por CASTRONOVO y DI MAJO⁸⁷, cuyos orígenes se remontan a LARENZ⁸⁸– que coloca la esencia de la obligación en la relación y no en la prestación⁸⁹, pero que nos parece una verdadera contradicción, comportando una especie de *oxímoron* jurídico. Sin prestación no puede existir obligación dado que ella es el contenido esencial de la relación obligacional. La obligación sin deber primario de prestación permitiría ejercitar la acción de resarcimiento del daño por incumplimiento, siendo una solución que privilegia no la lógica de la categoría, sino la de los remedios⁹⁰. Sea como fuere, no puede soslayarse la sustancial diferencia con la clásica y genuina categoría de la obligación, cuyo contenido es una prestación de dar, hacer o no hacer (art. 1245), en la que los mecanismos de protección del acreedor frente a su incumplimiento comprenden un amplio universo, que incluye la tutela actuativa, la resarcitoria, la ablativa (cuando se trata de obligaciones emergentes de un contrato), la correctiva en la órbita del incumplimiento inexacto (rectificación de la prestación defectuosa, reducción de la contraprestación), remedios⁹¹ que en su mayoría resultan inaplicables a la denominada obligación sin prestación. Señala FAILLACE⁹² que la

⁸⁷ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, en *Eur. dir. priv.*, N° 1, 2011, pp. 55-76. ID., *Ritorno*, cit., pp. 679-717. A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione aproda in Cassazione*, en *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss.

⁸⁸ K. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. 1, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 106-110.

⁸⁹ La obligación sin prestación termina por poner a la responsabilidad contractual al servicio de un proyecto remedial desvinculado del todo del binomio incumplimiento-imposibilidad de cumplimiento. Cfme. L. NIVARRA, *Le frontiere mobile della responsabilità contrattuale*, en *Gius. Civ.*, 1, 2016, p. 11.

⁹⁰ TAGLIASACCHI, *Dialogo*, cit., p. 254. Señala el doctrinario italiano: “*Pare, quindi, che la peculiarità dell'obbligazione senza prestazione possa essere colta nella caratteristica di essere non pretensiva, bensì soltanto reattiva, poiché consente di esercitare soltanto l'azione di risarcimento del danno per inadempimento e non anche quella di esatto adempimento diretta a ottenere l'esecuzione della prestazione*”.

⁹¹ En la doctrina española y desde un plano teórico F. GÓMEZ POMAR, *El incumplimiento contractual en Derecho español*, en *Rev. InDret*, 3/2007, p. 13, agrupa los remedios frente al incumplimiento en tres categorías: “remedios de conducta forzada del contratante incumplidor (cumplimiento en forma específica); remedios monetarios (indemnización de daños y perjuicios, pena convencional); remedios de ineficacia (resolución)”.

⁹² S. FAILLACE, *Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social*, en *Rev. Ius et Veritas*, N° 48, 2014, p. 88.

JUS CIVILE



ampliación de la responsabilidad contractual a expensas de la aquiliana –que se produce con la obligación sin prestación– parece difícilmente justificable en un Ordenamiento en el cual el ilícito es disciplinado mediante una norma general. Esto es muy claro en el Derecho Civil uruguayo, en el que impera la atipicidad del ilícito extracontractual (art. 1319) y en el que el sistema de fuentes de las relaciones obligacionales reviste carácter taxativo (art. 1246: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley), sin que quede espacio para la buena fe o para el contacto social como fuente autónoma de obligaciones (estén provistas o no de deber primario de prestación). Erigir a la buena fe en fuente autónoma de obligaciones conlleva a una clara alteración del número cerrado de las causas eficientes de las obligaciones, lo que no tolera ni el precepto legal citado, ni el propio sistema del Código Civil.

La existencia de una relación entre las partes –dañador y dañado– es una circunstancia que de por sí no determina la naturaleza contractual de la responsabilidad, sobre todo si se tiene presente la innegable *dimensión relacional de la responsabilidad extracontractual*, pues la atipicidad del ilícito aquiliano es susceptible de cubrir relaciones intersubjetivas no obligacionales, vale decir, eventos dañosos verificados al interno de una preexistente relación⁹³. De lo contrario, como advierte ZACCARIA⁹⁴, si el contacto social es suficiente para calificarlo como fuente de obligaciones, la responsabilidad extracontractual termina siendo “*reducida a un contenedor vacío*” y por “*resultar expulsada del ordenamiento*” con su consiguiente disciplina, lo que en rigor no es admisible, sobre todo si se tiene presente el carácter específico de la responsabilidad contractual, donde el interés lesionado es el interés del acreedor en recibir la utilidad económica inmanente a la prestación debida (utilidad prometida y no obtenida). Porque como destaca muy bien CARNELLI⁹⁵, mientras el daño que se repara en la responsabilidad extracontractual es la *utilidad de la que ya está gozando el sujeto*, en la responsabilidad por incumplimiento obligacional es *la utilidad que no recibe*, vale decir, la pérdida de utilidad que le hubiera provocado la entrega de la cosa o la ejecución de la actividad prometida.

La existencia de una relación jurídica contractual que vinculaba a las partes, la determinación de los sujetos y el carácter positivo de los deberes dimanantes de la buena fe, tampoco son factores que de por sí le imprimen naturaleza contractual al daño causado, en la medida que lo relevante para la asignación de una u otra naturaleza es si el evento dañoso constituye o no incumplimiento de una obligación preexistente.

Para GAMARRA⁹⁶ la buena fe “*es fuente de obligaciones contractuales que dan lugar a incumplimiento y resarcimiento del perjuicio causado*”.

⁹³ Cfme. M. MAGGIOLO, *La (de) contrattualizzazione della responsabilità professionale*, en *juscivile.it*, 2015, 1, pp. 27-28. F. D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il “muro” degli interessi legittimi*, en *Riv. dir. civ.*, vol. 46, 2000, pp. 340-342.

⁹⁴ *La natura*, cit., p. 351.

⁹⁵ *Ámbito*, cit., p. 832.

⁹⁶ GAMARRA, *Buena fe contractual*, Fcu, Montevideo, 2011, p. 177.



En cambio, para el Maestro CAFARO⁹⁷ – en opinión que compartimos – la buena fe por sí sola no puede ser fuente de relaciones obligacionales, sino que es generadora de deberes accesorios, que sirven de apoyatura a las relaciones obligatorias que tienen su origen en la voluntad de las partes o en una norma expresa de la ley. En suma, de la buena fe emergen deberes, no verdaderas obligaciones.

Por consiguiente, si lo que se infringe en la etapa precontractual son deberes no obligacionales, la responsabilidad no puede ser sino de una única y misma naturaleza: *extracontractual*⁹⁸. Esta es la solución que mejor protege los intereses de la víctima a la obtención de la reparación integral, pues en la contractual el daño resarcible padece el límite de la *previsibilidad* (art. 1346), regla que en opinión de BIANCA⁹⁹ tiene su basamento en una idea fundamental que gobierna la disciplina de la obligación: que el vínculo obligacional importa la asunción de un sacrificio contenido dentro de límites de normalidad.

En esa línea DE CORES – GAMARRA-VENTURINI¹⁰⁰ han señalado al adherir a la nueva doctrina que asigna naturaleza extracontractual a esta responsabilidad que de esa manera “*se equilibra, por una parte, el interés del ordenamiento en tutelar la buena fe en la etapa de las tratativas, ya que se admite la existencia de responsabilidad; pero se ampara asimismo el principio de libertad que es esencial en un mercado eficiente*”.

5. – En este plano la responsabilidad precontractual moderna revela una importante evolución¹⁰¹. Se ha producido una ampliación del daño resarcible y la contractualización de ciertos deberes, pasando del resarcimiento limitado exclusivamente al interés negativo (o de confianza) al interés positivo (o de cumplimiento)¹⁰²; en las leyes de sector ha operado la contractualización de los deberes precontractuales de información y de buena fe. Esto conforma un nuevo paradigma frente al sistema codificado, en el que la responsabilidad precontractual es un mecanismo de aseguramiento del correcto desenvolvimiento de las libertades en la negociación¹⁰³, cuyos rasgos tipificantes son la tutela resarcitoria y la extensión temporal del período precontractual. En sistema general codificado los deberes de conducta derivados de la cláusula general

⁹⁷ E. CAFARO, *El instituto de la conversión del negocio jurídico nulo en el Derecho Positivo nacional*, en *Rev. Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 73, 7-12, 1987, p. 15.

⁹⁸ En otros sistemas se admite que pueda ser de una y otra naturaleza. Para el derecho francés: J. SCHMIDT, *La période precontractuelle en droit français*, en *Rev. int. dr. comp.*, vol. 42, N° 2, 1990, pp. 545– 566.

⁹⁹ C. M. BIANCA, *Diritto Civile. 5. La Responsabilità*, ristampa, Giuffrè, Milano, 1997, p. 154.

¹⁰⁰ *Tratado*, cit., p. 206.

¹⁰¹ Sobre el punto: GAMARRA, *op. cit.*, t. XI, p. 135 ss. LARRAÑAGA, *op. cit.*, pp. 149-158. RODRÍGUEZ RUSSO, *Contornos*, cit., p. 235 ss.

¹⁰² GAMARRA, *ul. cit.*, p. 135 ss. LARRAÑAGA, *op. cit.*, pp. 149-158. RODRÍGUEZ RUSSO, *Contornos*, cit., pp. 247-248.

¹⁰³ Cfme. G. SOZZO, *Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 1 y 2.

JUS CIVILE



de la buena fe objetiva en la fase precontractual tienden a la tutela del interés de la parte tratante: que la representación preventiva del contenido del futuro contrato sea, en lo posible, la que más corresponda a la realidad. En el microsistema de consumo la contractualización de tales deberes está dirigida a la protección de la parte débil y a garantizar el acceso al contrato y a los bienes¹⁰⁴, caracterizándose por la reducción temporal del período precontractual y la tutela basada en el incumplimiento: actuativa (remedios de ejecución forzada), ablativa (remedios resolutorios) y resarcitoria (remedios monetarios). Disponen los artículos 14 y 32 de la Ley uruguaya de Relaciones de Consumo N° 17.250, de agosto de 2000, que la información integra el contrato y que la infracción del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del negocio. La preocupación fundamental de la Ley, dice GAMARRA¹⁰⁵, es nivelar la desigualdad informativa, siendo el consentimiento informado del consumidor uno de los pilares fundamentales del Derecho de Consumo. La información es considerada como un “derecho básico del consumidor” (art. 6, lit. D) y otras normas (artículos 12, 15, 17 y 20) se encargan de precisar qué es lo que deber ser informado. Para el tratadista compatriota hay un cambio trascendente, puesto que si bien estos deberes de comportarse de buena fe y de informar ya existían, “ahora son calificados como *obligaciones precontractuales*”, con la importante consecuencia en el plano remedial que acaba de mencionarse”. Pero no toda información integra el contrato, sino solo aquella que la Ley le impone al proveedor en esas disposiciones concretas, cuyo incumplimiento confiere al consumidor el derecho a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato con daños y perjuicios, configurando la violación de este deber de informar una hipótesis de responsabilidad contractual, que tiene según GAMARRA la misma relevancia que el incumplimiento de obligaciones sinalagmáticas en un contrato bilateral. La ausencia de tratativas explica la extensión de los tradicionales deberes de información, por lo que el contrato pasa a ser un instrumento de información para el consumidor, con la doble función de tutelar a la parte débil y promover la competencia en el mercado, al eliminar factores distorsivos, como la deficiencia en el circuito informativo y las asimetrías que genera¹⁰⁶.

En la doctrina nacional LARRAÑAGA¹⁰⁷ ha examinado el tema de los daños resarcibles en forma exhaustiva, destacando que el daño al interés positivo o de cumplimiento presupone la validez y eficacia del contrato, siendo la privación de la utilidad que el acreedor hubiere obtenido si el deudor hubiera cumplido, mientras que el interés es negativo porque se le niega al sujeto la posibilidad de concluir el contrato, por lo que ambos tipos de daños se contraponen: uno da cuenta de un contrato frustrado que no se ha formado, en el que el sujeto que infringe el deber de buena fe en las tratativas debe indemnizar el daño derivado del fracaso negocial, en tanto en

¹⁰⁴ SOZZO, *Antes del contrato*, cit., pp. 458-474, refiere a un paradigma contractual sectorizado.

¹⁰⁵ J. GAMARRA, *Tratado*, cit., t. XXVI, Fcu, Montevideo, 2009, pp. 42-43.

¹⁰⁶ GAMARRA, *op. cit.*, t. XI, pp. 127, 128 y 130.

¹⁰⁷ *op. cit.*, pp. 149-150.

JUS CIVILE



el otro se responde por la totalidad de los daños generados por el incumplimiento de una obligación en un contrato ya formado. Para el doctrinario compatriota “conforme a la doctrina moderna, ya no resultan aplicables los conceptos de daño al interés negativo (o de confianza) y daño al interés positivo (o de cumplimiento). Tales límites fueron superados. Lo relevante –y entiendo compartible– es que se cometió un hecho ilícito (incumplimiento de una obligación preexistente de actuar de buena fe, para los contractualistas; inobservancia del deber de actuar de buena fe, para los extracontractualistas) y, por consiguiente, se debe reparar el daño en forma íntegra y total. Para lograrlo, resultarán enteramente aplicables, de acuerdo al régimen general de la responsabilidad civil, el art. 1346 C. Civil (tesis contractualista) o el art. 1323 del mismo cuerpo normativo en su caso (tesis extracontractualista). En ambos casos el único límite para el resarcimiento estará dado por la causalidad adecuada (salvo la existencia de dolo)”¹⁰⁸.

Sucede, como lo pone de relieve GAMARRA¹⁰⁹, que la idea de un interés negativo proviene del famoso estudio de Ihering: como en el caso de contrato nulo no surge ningún deber de cumplimiento, hay que colocar al dañado en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado un contrato nulo. Ese interés es negativo porque es el interés en no concluir el contrato. De esa manera en la doctrina iheringhiana el interés positivo presupone la validez y el negativo la nulidad del contrato. Añade el Maestro que la primera observación crítica al interés negativo es la insuficiencia de una noción que era explicable en sus orígenes, en una época en que la responsabilidad precontractual quedaba reducida a dos especies (abandono de las tratativas y contrato nulo), siendo por otra parte una mera fórmula descriptiva. El argumento central para GAMARRA está en las limitaciones que impone el interés negativo al derecho al resarcimiento total, porque es el que corresponde a la lesión a la libertad negocial, que constituye el bien jurídico lesionado en la responsabilidad precontractual. Y “puesto que no existen normas que limiten la reparación del daño, no está justificado ninguna limitación”¹¹⁰.

En su magnífica obra expresan DE CORES– GAMARRA– VENTURINI¹¹¹ que la cuestión que ha impulsado el debate doctrinario en Uruguay está vinculado al cambio de consideración en torno al daño resarcible, que en un principio lo fue únicamente el denominado daño negativo, pero que actualmente alcanza también al positivo, como si el contrato se hubiera perfeccionado y luego incumplido, reparando todas las consecuencias de tal ilicitud en su integridad. Para los doctrinarios compatriotas, más allá de la finalidad de reprimir una conducta reprochable en la fase de las tratativas, el resarcimiento del daño al interés positivo “supondría una confusión inaceptable entre la situación previa a la celebración del contrato y aquella posterior a su perfeccionamiento, desdibujando totalmente el momento central que separa el área de la libertad del espacio relativo a la obligación”, por cuanto el sujeto quedaría colocado en la misma situa-

¹⁰⁸ LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁹ *ul. cit.*, p. 135.

¹¹⁰ *op. cit.*, t. XI, p. 137.

¹¹¹ *Tratado*, cit., pp. 206 y 207.

JUS CIVILE



ción que si el contrato se hubiera celebrado, desdibujándose el momento de perfeccionamiento de dicho negocio, que en el área de los contratos discrecionales debe seguir el mojón que separa el ámbito de la libertad del de la obligación. Partiendo, pues, de la distinción entre contratos paritarios y contratos de consumo, los citados civilistas señalan que en los primeros “*no corresponde la apertura en pos de un mayor resarcibilidad de los daños, llegando a la admisión de la resarcibilidad del daño al interés positivo*”, mientras que en las relaciones de consumo procede la solución contraria, “*donde la cuestión formal del perfeccionamiento del contrato no es vista por el legislador como un hito fundamental*”, en las que además el consumidor es tutelado con igual intensidad en la etapa de la información precontractual, la publicidad y las tratativas, que en la etapa contractual, por lo que no habría inconvenientes en reconocerle a esta responsabilidad naturaleza contractual, sin perjuicio de que la ley prescinde de la *summa divisio* en contractual y extracontractual.

En esta dirección ha dicho CUFFARO¹¹² que una vez abandonada la angosta perspectiva de la ruptura de las tratativas y puesto en consideración el contenido efectivo de la norma de conducta, a la que se conectan deberes específicos de comportamiento, no se justifica en el plano lógico limitación alguna al daño resarcible, e inclusive, a la posibilidad de su reparación en forma específica cuando las circunstancias lo permitan.

A nuestro juicio, si la responsabilidad precontractual tiene naturaleza extracontractual, esta clasificación de los daños resarcibles resulta inoperante y equívoca, pues en tal caso lo relevante es que se repare el daño causado por el comportamiento violatorio de los deberes dimanantes de la buena fe en la etapa precontractual, con total prescindencia que el contrato finalmente no llegue a celebrarse, fuere nulo o se forme válidamente. En ningún caso puede equipararse el quebrantamiento de estos deberes con el incumplimiento obligacional, donde el daño está representado por la utilidad económica prometida por el deudor que no recibe el acreedor. El daño precontractual no puede entonces ser idéntico en su dimensión al daño derivado del incumplimiento del deudor, dada la diversidad del ilícito y del interés lesionado.

En definitiva, la contraparte del contratante que incurrió en error tendrá derecho a la reparación de todo el daño causado por la extinción del contrato, sin más limitaciones que las comportadas por la relación de causalidad¹¹³.

6. – A modo de breves conclusiones podemos señalar que la responsabilidad civil precontractual en el sistema civil uruguayo no tiene autonomía normativa, pues acorde a la propia época en que fue sancionado el Código Civil no ha sido prevista ni disciplinada como tal, más allá

¹¹² *Responsabilità*, cit., p. 1274.

¹¹³ En el caso de responsabilidad contractual la causalidad es un *prius* respecto a la previsibilidad. Como destaca L. BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 cod. Civ.*, en *Riv. dir. comm.*, 2, 1954, pp. 365 y 37, el criterio de la previsibilidad (de orden subjetivo) viene aplicado en un segundo momento y *restringe* ulteriormente el ámbito del resarcimiento.

JUS CIVILE



de puntuales normas que regulan el fenómeno del daño causado en el período precontractual y que sirven de base para la construcción de la categoría.

El problema central que presenta este tipo de responsabilidad es su naturaleza jurídica, dado que en nuestro Código Civil existen dos regímenes para la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) con importantes diferencias en algunos aspectos fundamentales.

La tendencia ampliamente mayoritaria en la doctrina nacional y comparada, así como en la jurisprudencia uruguaya, es a la atribución de naturaleza *contractual*, sobre la base argumental del incumplimiento de la *obligación* de actuar de buena fe o de *obligaciones* emergentes de la misma.

No obstante, pensamos que la argumentación en que se sustenta dicha tesis es pasible de ser controvertida en un doble plano. Por un lado, porque el deber de actuar de buena fe carece de las notas tipificantes de la obligación, como los son la patrimonialidad, la coercibilidad y el derecho de pretensión del sujeto activo de la relación jurídica. Por otro, porque es insusceptible de convertirse en una fuente autónoma de obligaciones, ya que en el sistema civil uruguayo, donde impera la atipicidad del ilícito extracontractual (art. 1319), el sistema de fuentes de las relaciones obligacionales tiene un neto carácter taxativo.

La solución de la responsabilidad extracontractual es la que mejor protege a la víctima en cuanto a la obtención de la reparación integral, dado que en la contractual el daño resarcible padece el límite subjetivo de la previsibilidad (art. 1346 del Código Civil uruguayo).

La progresiva ampliación del concepto de *obligación* para incluir a cualquier tipo de *deber* termina por eliminar las fronteras entre ambas categorías, reduciendo el campo de la responsabilidad aquiliana a la causación de daños fuera del marco de una relación cualquiera entre los sujetos (como la de contacto social), cuando en rigor en el sistema civil uruguayo ha sido prevista como un principio general que se articula en función de la atipicidad del ilícito, siendo el *alterum non laedere* la regla primaria de comportamiento.

Estos problemas en torno a la naturaleza del instituto se atenúan en los sistemas que han unificado la disciplina de la responsabilidad civil, como sucede en las modernas legislaciones en el Derecho Comparado.

Las transformaciones verificadas en los últimos años en esta materia ponen de manifiesto que la responsabilidad civil se encuentra siempre en un proceso de permanente cambio y redefinición, constituyendo una figura omnipresente en las más diversas disciplinas.

Pensamos que en una futura reforma de nuestro Código Civil debería unificarse el régimen de la responsabilidad civil y regularse además el período precontractual, con reglas que establezcan deberes precisos y conjuguen en la etapa de las tratativas el principio de libertad con el de responsabilidad.

Anteriormente¹¹⁴ nos hemos pronunciado por la necesidad de reforma de nuestro Código,

¹¹⁴J. RODRÍGUEZ RUSSO, *Codice Civile e dispersione legislativa. Alcune considerazioni intorno alla situazione nel Diritto Civile uruguayano*, en *Rass. dir. civ.*, N° 3, 2014, pp. 883-885.

JUS CIVILE



señalando que sin llegar a la elaboración de uno nuevo que sustituya completamente al vigente Código de 1867, es posible transitar por la modernización de algunos sectores del Derecho patrimonial (Prescripción, Teoría General de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Teoría General del Contrato) tal como ha sucedido en otros sistemas jurídicos.

El desafío de una reforma de nuestro Código, que responda a determinados paradigmas, que refleje ciertos principios y valores, comporta una difícil y compleja tarea, que demanda con carácter previo la resolución de cuestiones tales como la conveniencia de la unificación del Derecho Privado y la oportunidad de incorporar al Código normas sobre los consumidores, como ha sucedido, por ejemplo, con la reforma del Derecho alemán de Obligaciones, vigente desde 1° de enero de 2002 (*Gesetz sur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de noviembre de 2001), que ha permitido modernizar un Código con más de un siglo de vigencia.

La inserción en el Código de las normas de sector permitiría reducir la inevitable fractura entre Parte General del contrato y nuevos complejos normativos; como ha dicho en Italia PATTI, “*occorre cercare di ricondurre ad unità, superare un diritto dei contratti «settorizzato» (...) e soprattutto porre rimedio ad una evoluzione che ha causato un diritto «introvabile»*”¹¹⁵.

¹¹⁵ S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 62, N° 3, p. 744.