

**DISCURSO DE INCORPORACIÓN
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES DEL DOCTOR
LUCIANO LUPINI BIANCHI,
EL 15 DE OCTUBRE DE 2013**

Señores

Presidente y demás Miembros de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señores Individuos de Número de ésta Corporación y de las demás Academias

Doña Olga Petersen de Mélich y distinguidos miembros de la familia de José Rafael Mélich Orsini

Apreciados colegas, compañeros y amigos

Señoras y señores

I. Por circunstancias del destino, fue mi querido amigo y compañero de tantas lides profesionales e intelectuales, Gabriel Ruan Santos, apreciado y sobresaliente discípulo del Doctor José Rafael Mélich Orsini, quien en su condición de entonces Secretario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, me informó oficialmente que, en sesión celebrada el 1° de noviembre de 2011, fui electo como Individuo de Número de esta Academia, para ocupar el sillón n° 6, vacante por el sensible fallecimiento del Maestro Mélich, acaecido en Caracas el 13 de junio de 2011.

Al comenzar estas palabras me corresponde manifestar, en primer término, mi agradecimiento a los distinguidos académicos que generosamente me abrieron las puertas de esta Corporación. Más que por los méritos profesionales, académicos y científicos que haya podido acumular en el pasado, atribuyo vuestra cálida acogida, a la profunda influencia intelectual, humana y moral que tuvo en todos nosotros el Doctor Mélich Orsini. Por ende, tengo plena conciencia de la enorme responsabilidad que recae hoy sobre mis hombros. Me encuentro ligado por un deber que me exige no defraudar la confianza de tantos profesores y amigos aquí presentes y hacer honor a la memoria de otros tantos que ya nos dejaron, como es el caso de Gert Kummerow, Oscar Palacios

Herrera, José Alberto Zambrano Velazco, Chibly Abouhamad Hobaica, Ramón Escovar Salóm, el padre Luis Olaso, Eloy Lares Martínez, Gustavo Planchart, Gonzalo Pérez Luciani y Tomás Polanco, por mencionar algunos cuya ausencia ha creado un vacío doloroso en quien les habla. Tampoco les estaría hablando desde este púlpito, de no ser por el ejemplo de vocación para el trabajo y la excelente formación educativa y moral recibidos de mis queridos padres, Inés y Quinto, quienes hoy serenamente contemplan, desde las verdes praderas del cielo, el resultado de sus esfuerzos. También está presente la memoria de mi hermano Juan Francisco, quien fue un reconocido y sobresaliente ingeniero civil, egresado de la U.C.A.B. y luego, con los títulos de Master of Science y Philosophy Doctor en mecánica de suelos, del Imperial College de Londres. Siempre he atesorado su ejemplo de dedicación a la investigación y rigor metodológico. A mi esposa Manuela y a mis hijos, Manuela Carolina y Roberto, agradezco su infinita paciencia, cariño y apoyo incondicional.

Según el Reglamento, me corresponde, a más de presentar un trabajo de incorporación, pronunciar un panegírico de mi antecesor. Pocas veces como hoy, esta obligación ha dejado realmente de ser tal, para convertirse en una espléndida oportunidad de rendirle nuevamente tributo a la memoria de Mélich, quien fue mi más importante y eficaz ductor en el mundo de las Obligaciones. Por ello, se me perdonará el que me concentre más en este aspecto y que al final haga apenas una somera referencia a la monografía que constituye mi trabajo de incorporación, la cual por su extensión, luce más apta para que los iniciados la ojeen, que para ser leída en este acto.

Dijo acertadamente mi querido profesor Román Duque Corredor, que el Derecho Privado venezolano puede dividirse en dos etapas: la anterior y la posterior a la obra de Mélich. En efecto, una cosa era nuestro Derecho de Obligaciones (o más bien, no era) cuando el joven Mélich se graduó de abogado *summa cum laude* en la UCV en 1949 y otra, cuando entregó su alma a Dios.

LOS PRIMEROS PASOS

Nació el Maestro, el 24 de agosto de 1924 en Puerto España, Trinidad, entonces posesión británica, hijo del comerciante catalán José Mélich y de madre carupanera, Doña María Josefina Orsini. Quedó huérfano de padre a los dos años, al fallecer éste en 1927, durante un viaje a Nueva York, ciudad en la que fue sepultado. Por virtud del artículo 28 de la Constitución de 1924 su nacionalidad era la de venezolano por nacimiento, a pesar de haber nacido en

el extranjero y de padre extranjero, por ser su madre venezolana. Doña Josefina era hija de padres carupaneros, descendientes de corsos. Fue en la biblioteca de la casa de los abuelos maternos, ya radicados en Caracas, en donde el joven José Rafael nutrió sus primeros sueños y aficiones históricas y literarias. Estudió en el viejo Colegio San Ignacio de Loyola de Caracas, donde se graduó de bachiller en 1944 con la mención Summa Cum Laude. Decía Mélich que de no haber sido por su tránsito por este Colegio, su temprana vocación por las Humanidades habría posiblemente naufragado porque si algo caracteriza la educación que imparten los padres jesuitas, desde la fundación de su orden religiosa, es esa fatalidad de alimentar en sus alumnos una profunda e irreversible adicción a las Humanidades.

Al salir de Colegio, y ya aprobado el primer año de Derecho, incursionó por breve tiempo, en 1945, como becario en estudios de filosofía y literatura en Buenos Aires, Argentina, junto con su compañero de colegio, Gonzalo Pérez Luciani, quien luego se convertiría en su socio de toda la vida en el bufete, concuñado y entrañable amigo. Tal cambio de planes obedecía a la intención de fundar, a su regreso, en la Universidad Central de Venezuela, las Escuelas de Filosofía y Letras. Pero regresaron al corto tiempo al país porque el azar quiso que por decisión de las nuevas autoridades de la llamada Revolución de Octubre, se produjera la inmediata fundación, en la Universidad Central de Venezuela, de las Facultades de Filosofía y Letras. Allí cursa dos años en la Escuela de Filosofía y Letras, pero al propio tiempo cursa Derecho. Esa ambivalencia explica el motivo por el cual Mélich fue el primer Presidente del Centro de Estudiantes de la Facultad de Filosofía y Letras y el desarrollo de una privilegiada relación de amistad con ese ilustre venezolano que fue Don Mariano Picón Salas, quien lo alentó a integrar la redacción de la Revista Nacional de Cultura que editaba el Ministerio de Educación. Al concluir el tercer año de Derecho esa ambivalencia feneció, cuando su profesor de Obligaciones, doctor Luis Felipe Urbaneja, quien fue también eminente miembro de esta Corporación, lo nombró como su asistente de cátedra en 1947. Allí comienza su fecunda carrera universitaria en el mundo del Derecho.

LA VOCACIÓN ACADÉMICA

Al graduarse en 1949 regentó la Cátedra de Obligaciones en la UCV hasta 1982. Su compromiso con su alma mater fue siempre para él el más importante de todos los que tuvo la fortuna de cumplir. Ello explica su presencia continua

en dicha Universidad, incluso en funciones administrativas. Fue Miembro del Consejo de la Facultad, su Decano, Director del Instituto de Derecho Privado, de los Cursos de Postgrado y fundador del Instituto de Estudios Políticos, de cuyo Consejo Técnico formó parte. Su acendrada vocación universitaria lo llevó también a ser Miembro de la Comisión Organizadora de la Universidad Simón Rodríguez y Presidente de la Comisión Rectoral de la misma.

El deleite intelectual que le producía compartir con sus discípulos y alumnos, fue el motivo principal por el cual siguió impartiendo clases en pregrado y postgrado incluso después de haber alcanzado el título de Profesor Honorario de la UCV en 1972 y aún más allá de su jubilación, en 1979. Fue precisamente en las aulas del Doctorado de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, donde tuve el privilegio de conocerle en 1980, junto a otros destacados civilistas venezolanos, tales como Oscar Palacios Herrera y Gert Kummerow. En 1982 se retiró definitivamente de su cátedra de pregrado, cuando, a petición suya, me encargué de la misma, después de haber sido su asistente por un año. Me había precedido, como asistente de esa cátedra, un compañero de Doctorado, Ramón Escovar León, compadre y estimado discípulo de Mélich.

Precisamente por su humildad y por su sentido de proporción de las cosas, no le habría gustado que uno de sus discípulos desaprovechara este tiempo valioso hablando de cosas como sus numerosísimas distinciones honoríficas y premios. Tampoco él perdió el tiempo en ello cuando le correspondió recibir en esta Academia a su querido amigo, el ya mencionado Gonzalo Perez Luciani. Antes bien, deseo hoy compartir con ustedes, la aventura de la evolución de su pensamiento y de las diferentes etapas en las que se fue plasmando su visión renovadora de nuestro mundo de las Obligaciones.

Cuando Mélich fungía como asistente de la Cátedra de Obligaciones en 1947, aún no había logrado salir Venezuela de la escuela de la exégesis de nuestros civilistas. Todos conocen, en este sentido, las obras de Luis Sanojo, del siglo XIX y de Anibal Domínicí, de comienzos del siglo XX.

La obsolescencia de las obras exegéticas mencionadas en nuestra materia, se vio incrementada notablemente por virtud de reformas legales subsiguientes. Baste mencionar que, a consecuencia de la influencia del Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones, se introdujeron en nuestro Código Civil de 1942, muchas innovaciones importantes, tales como la regulación del enriquecimiento sin causa, el reconocimiento de la figura del abuso de derecho como fuente de responsabilidad civil, el resarcimiento de los daños morales, y se introdujeron cambios en las reglas pertinentes a la etapa de la formación del contrato, tema sobre el cual versa mi trabajo de incorporación.

Todas estas innovaciones ameritaban una pronta reacción de la doctrina y jurisprudencia, la cual no se produjo.

Inicia el joven Mélich a ejercer la profesión, en 1949, al lado de Gustavo Herrera y de Luis Gerónimo Pietri, reconocidos juristas y hombres probos. El destino quiso que el Doctor Pietri ocupara precisamente el sillón n° 6 de ésta Academia, que luego del paréntesis de Julio Diez, correspondió a Mélich. A comienzos de los años cincuenta, aparecieron unos Apuntes de Cátedra de Obligaciones correspondientes a los cursos impartidos tanto por su mentor, el mencionado Urbaneja, como por Oscar Palacios Herrera, en la Universidad Central de Venezuela en el año 1950-1951.

Con todo, pensemos en la situación de orfandad en la que se encontraban los operadores jurídicos de entonces, obligados a recurrir a esos apuntes o, en forma azarosa, a la escasa doctrina francesa, italiana y alemana entonces disponible, para tratar de conseguir algunas luces sobre los temas más complejos.

EL JURISTA Y SU OBRA

Es éste el panorama en el que se asoma el joven Mélich, cuando con ahínco, asombroso talento y obstinada determinación se avoca a la tarea de transformarlo. Comienza publicando en 1957, un artículo, en materia de simulación, que ha ejercido prolongada influencia en la sucesiva doctrina venezolana sobre la materia. En 1958, saca a la luz sus reflexiones sobre las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual. También en 1958, siendo ya Decano de la entonces Facultad de Derecho de la UCV, publica la primera visión sistemática, en Venezuela, de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio; vale decir, la teoría general de ésta institución.

A mediados de la década de los sesenta, influido por las nuevas ideas adquiridas durante su tránsito por Universidades alemanas e italianas, entre 1959 y 1962, publica Mélich su primera gran obra, editada en 1965 por Cajica, en México. Me refiero a su Tratado sobre las responsabilidades civiles complejas, el cual habría de ejercer marcada influencia en la doctrina iberoamericana y allende el océano.

Advertía el autor en su Prólogo lo siguiente:

La mayoría de las páginas de este libro fueron escritas entre los últimos años de la década del cincuenta y los primeros años de la década de los años sesenta... La circunstancia de que, a pesar del largo tiempo transcurrido desde

la publicación por separado de los distintos estudios que integran esta obra, nadie en nuestro país haya intentado un nuevo y orgánico tratamiento del tema de la responsabilidad civil extracontractual, justifica la reunión de estos diversos estudios que, en su conjunto, ofrecen todavía a nuestros estudiantes una visión global de la materia en el derecho venezolano.

Decía uno de mis escritores predilectos, Ernest Hemingway, que el secreto de la sabiduría, el poder y el conocimiento es la humildad. Las palabras recién citadas, nos revelan nuevamente la innata modestia del Maestro, si se considera la valía intrínseca de esta obra.

En 1969 se edita el primer tomo de la obra titulada “Código Civil de Venezuela” concebida, organizada y dirigida por Mélich, cuando fue Director del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. En ese primer volumen, entre los auxiliares investigadores del Instituto, aparece el bachiller Gabriel Ruan Santos. Acerca de esta impresionante obra colectiva, a la cual el nombre del Maestro estará para siempre vinculado, recordaré lo que dijo el doctor Leopoldo Borjas, en su contestación al discurso de incorporación de Mélich a la Academia, el 15 de octubre de 1986:

El objeto principal de la obra, divulgando heterogéneo legado de más de un siglo de experiencia nacional en intentos de elaboración legislativa y de interpretación doctrinal y jurisprudencial, es motivo suficiente para el agradecimiento que la Nación y la Universidad deben a José MélichOrsini.

Desde finales de los años sesenta hasta mediados de los setenta, publica Mélich diversos y sustanciosos trabajos sobre problemas novedosos o controvertidos de las Obligaciones. En 1970 escribe una notable monografía acerca de la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer y de no hacer. Dignos también de mención, por su influencia determinante en doctrina y jurisprudencia, son sus trabajos en materia de mora del deudor y de la autonomía de la acción por daños y perjuicios contractuales. Éstos y otros estudios, fueron recogidos en una obra de dos tomos publicada en 1974 con el título de “Estudios de Derecho Civil”.

Posteriormente, la fascinación que despierta en Mélich la percepción de algunas complejidades de la sanción del incumplimiento contractual, aunada a la prácticamente inexistente doctrina venezolana sobre la materia, lo llevaron a reflexionar, durante el período en que fue embajador plenipotenciario de

Venezuela en Colombia, de 1975 a 1977, acerca del tema central de la llamada Teoría General de los Contratos Bilaterales; la resolución del contrato por incumplimiento. La simiente de sus especulaciones sobre el tema se encuentra en un artículo publicado en 1975 en el Libro homenaje a la memoria del ilustre jurista Joaquín Sanchez Covisa. Vuelve sobre este tema, en su “Discurso de incorporación a la Academia Colombiana de Jurisprudencia” en 1976. Finalmente, en 1979 aparece su libro titulado “La resolución del contrato por incumplimiento”, publicado por la Editorial Temis de Bogotá. De esta obra tan sólo me permito recordar que el Profesor Angel Cristóbal Montes, de la Universidad de Zaragoza, en recensión publicada en la revista española Anuario de Derecho Civil en 1981, no vaciló en calificarla como la mejor escrita en español sobre el tema de la resolución contractual en Iberoamérica.

Consciente de la magnitud de su obra y de su compromiso con la Universidad, su alma mater decide rendirle un homenaje importante, publicando en 1982 una obra colectiva en su honor, constante de dos tomos.

Después de haber cosechado todos estos logros, insistió Mélich en su empeño de compartir con los discípulos sus reflexiones en materia del contrato, durante los cursos que impartió en el Doctorado de la U.C.V., a comienzos de los años ochenta. Eso lo animó a escribir su obra más importante y a la que habría de prestarle mayor dedicación: “La Doctrina general del contrato”, cuya primera edición es de 1985. Con la tercera edición, de 1997, ampliada con el agregado de los Capítulos correspondientes a la Teoría General de los Contratos bilaterales y algunos otros, podemos decir que la misión que se propuso Mélich, en la materia, quedó virtualmente cumplida.

La humildad intelectual propia de las mentes verdaderamente esclarecidas, como la de Mélich, le hizo decir en el Prólogo de la primera edición de esta obra que la misma iba apenas dirigida a satisfacer las urgencias prácticas de los abogados y de los estudiantes de derecho venezolano. Pero la verdad es que casi ninguna obra jurídica iberoamericana publicada subsiguientemente, en temas conexos con el contrato, ha podido ocultar la huella de esta estupenda contribución suya a la ciencia jurídica. En el plano personal, puedo decir que lo poco que sé de Doctrina General del Contrato lo aprendí, antes que como su alumno en el Doctorado o al preparar las clases que él quiso que impartiera, a través de la constante relectura de las pruebas de las tres primeras ediciones de la obra, a las cuales me obligaba el Maestro, con el pretexto declarado de que aportara unas correcciones o ampliaciones, pero con el propósito encubierto de lograr, en concreto, que uno de sus discípulos completara su formación jurídica en la materia.

En sus últimos años, se dedicó a lo que solíamos llamar la “periferia” de las obligaciones, en tono de chanza. Aparecen así sus libros sobre: El pago, los modos de extinción de las obligaciones, la prescripción extintiva y la caducidad, la representación voluntaria y la transacción. En verdad, cuesta creer que toda esta monumental obra jurídica, que revoluciona e innova la forma de pensar de profesores, abogados y jueces, la haya realizado un solo hombre. Un hombre incansable, ejemplo de disciplina, puntual cumplidor con todas sus ocupaciones profesionales, gremiales y académicas.

LAS CONTRIBUCIONES POLÍTICAS Y GREMIALES

Aunado a todo esto, piénsese que se trató de un jurista que no rehuyó a su compromiso político, de un hombre que tuvo una clara visión de las bondades de instaurar un sistema verdaderamente democrático en Venezuela, ideal por el cual luchó tanto en su juventud. Convencido luego de la necesidad de insuflar un aliento renovador al sistema que contribuyó a crear y para rescatar la dignidad del Poder Judicial, del cual siempre criticó su falta de independencia y escasa calidad, colaboró en 1992 con la comisión de Los Notables. De ese esfuerzo, recuerdo los criterios del Maestro y de varios otros intelectuales, tales como Arturo Uslar Pietri, acerca de la necesidad de introducir cambios importantes y urgentes en el rumbo de la política venezolana. Quizás el país hoy sería diferente, si no hubiésemos contado con una clase dirigente agotada, ciega ante las necesidades de entablar un diálogo distinto frente a los problemas sociales y amenazas estructurales que acechaban aquel sistema democrático, defectuoso sí, pero perfectible.

Para traducir en el plano concreto de acción su compromiso existencial con la profesión de abogado, Mélich lidera un importante movimiento de rescate del Colegio de Abogados del Distrito Federal, convirtiéndose en su Presidente en 1990. Volvió al Colegio del cual ya había sido miembro de la Junta Directiva, durante el período 1958-1959, para tratar de sustraerlo de las garras de la política y en procura de su dignificación. Esta faceta del Doctor Mélich la recordó cabalmente mi querido profesor de Derecho Mercantil, Alfredo Morles Hernandez, en el discurso de orden pronunciado en el Acto Homenaje que esta Corporación dispuso rendirle a raíz de su fallecimiento, en los siguientes términos:

Mélich pensaba que los abogados, en funciones públicas o privadas, debían tener clara consciencia de los fines éticos de la profesión y poseer una

formación académica adecuada para evitar que la deformación del derecho, por obra de una incompleta preparación de sus operadores, se tornara a la postre en instrumento del capricho, de opresión y de injusticias.

Lamentablemente esos esfuerzos se perdieron pronto, cuando se produjo la salida del Colegio del sucesor de Mélich en su Presidencia, el doctor Román Duque Corredor. Entre otras cosas, dejó de publicarse la Revista del Colegio de Abogados, de la cual fui Director, durante su tercera etapa.

LA VOCACIÓN LITERARIA DE UN INTELLECTUAL

En torno al abandono de su temprana vocación, creo que los operadores jurídicos debemos darle gracias al profesor Luis Felipe Urbaneja por haber sabido prevalecer sobre Don Mariano Picón Salas, descarrilando a Mélich de la senda de la literatura y de la filosofía, para atraerlo a la disciplina que, a la postre, consagró su grandeza y reconoció su genialidad. El talento y la calidad que revelan los ensayos y críticas literarias escritas en su juventud, contenidos en el libro que obsequió a sus amigos al cumplir sus 80 años, titulado *Los Caminos Andados*, confirman que es real la pérdida que sufrió nuestra literatura, al apagarse ese fuego y avivarse la llama del otro, el del amor por el Derecho y la Justicia. Como lo reconoce Mélich en el Exordio de esta obra, las abrumadoras exigencias de la carrera y de su carga docente en la Facultad de Derecho, hicieron naufragar su vocación inicial. Allí leemos una confesión escrita por un gran intelectual, al acercarse al crepúsculo de su vida:

Como diría Antonio Machado, poeta que iluminó con sus versos mis primeros años, estos ensayos y notas literarias que he compilado para ustedes son testimonio de ‘mis huellas y nada más’; por lo que ‘al volver la vista atrás’, apenas si alcanzan a rescatar un poco de nostalgia por esa ‘senda que nunca he de volver a pisar’. No me es fácil silenciar, sin embargo, lo que significaron esas huellas para mí. Las contingencias de mi temprana vida me habían obligado a interrogarme sobre mi pertenencia a la sociedad venezolana y en algunos de esos ensayos y notas literarias dejé vertidas algunas de las reflexiones que entonces me hacía: ¿Qué significa ser venezolano? ¿En qué medida influyen la historia y la naturaleza de una sociedad en la que estamos incrustados, en nuestra propia singularidad?

Hoy sabemos que Mélich tuvo la dicha de poder dar respuesta a estas interrogantes, a través de su pensamiento, obra y acción, a lo largo de su existencia: supo convertirse en un venezolano grande.

LA IMPORTANCIA DE LA FAMILIA

A manera de conclusión del panegírico, deseo hacer una referencia obligada a su queridísima esposa de tantos años, con quien contrajo nupcias en 1952, Doña Olga Petersen Rutmann. Proviene ella de una distinguida familia, que cuenta entre sus antepasados criollos a Diego Ibarra, primo y edecán de Simón Bolívar. De esta unión matrimonial nace en 1957 un único hijo, Martín Mélich Petersen. Como suele decirse que detrás de todo gran hombre hay una gran mujer, me corresponde recordar hoy que de no haber sido por la infinita paciencia y amor de Doña Olga, difícilmente habría podido el Maestro dedicarle tanto tiempo a los quehaceres intelectuales que hoy conforman el legado que nos dejó. Recuerdo todavía los muchos fines de semana transcurridos en la playa, en el Club Camurí Grande, del cual fue también Presidente Mélich, dedicados por él a la investigación. Debo mencionar también la importante participación, en las labores de redacción y revisión de sus múltiples obras, de su fiel colaboradora de más de cuarenta años, Doña Estela Martínez de Abreu, quien por sus cualidades humanas y afecto, se convirtió en un miembro más de la familia y en una querida amiga. Finalmente, a Martín y a su esposa Carolina, agradezco pública y fraternalmente el haber sabido compartir el afecto paternal de Pepe, sin mezquindades, con uno de sus discípulos.

II. En lo que concierne a mi trabajo de incorporación, el mismo se titula “La Responsabilidad Precontractual en Derecho Comparado y en Venezuela (Tratos preliminares, cartas de intención, minutas, formación progresiva del contrato, precontratos y patologías de la fase precontractual a la luz del principio de la buena fe)”.

El mismo se subdivide en cuatro Capítulos. El primero contiene una síntesis de la evolución histórica de la teoría de la responsabilidad precontractual. El segundo, un detallado análisis de Derecho Comparado, que incluye las referencias necesarias acerca de cómo el *soft law* se ocupa de la relación precontractual y del deber de negociar de buena fe y con lealtad. El tercer capítulo comprende al tratamiento que corresponde darle a las relaciones precontractuales y a la formación progresiva del contrato en Venezuela.

Finalmente, el cuarto capítulo se refiere específicamente de la responsabilidad *in contrahendo* en el derecho venezolano. Allí analizamos la respuesta del ordenamiento frente a las patologías que suelen ocurrir en la fase precontractual, incluyendo el problema de la extensión del resarcimiento consistente en el llamado daño negativo.

Hace casi un cuarto de siglo, tuve ocasión de ocuparme del tema de la responsabilidad precontractual en Venezuela, en una ponencia presentada en el XIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado celebrado en Montreal en agosto de 1990. Se trataba de una materia novedosa, sobre la cual nada se había escrito en nuestro país. Mi regreso a este campo responde al deseo expresamente manifestado en este sentido por el doctor Mélich, en el prólogo que escribió para un libro que publiqué hace tres años titulado *Estudios de Derecho Privado*. En efecto, en Derecho Comparado, en los últimos veinticinco años este tema ha despertado un notable interés en los operadores jurídicos y ha provocado incluso intervenciones legislativas, tal como es el caso de la importante reforma del derecho de obligaciones incorporada al Código Civil alemán vigente desde 2002. A su vez, este desarrollo ha tenido un eco importante en el llamado *soft law*, vale decir, los *Principles of European Contract Law*, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) en el cual se establecen los Principios, Definiciones y Reglas Modelo del Derecho Privado Europeo. Por otro lado, la posterior posición de la doctrina nacional en cuanto a la posibilidad de extender el deber de obrar de buena fe, a la fase precontractual, hizo necesario un replanteamiento de cuanto expusimos entonces en la materia, en procura de la búsqueda del posible fundamento jurídico del deber de quienes se encuentran negociando un contrato, de proceder de una manera leal y correcta.

Es importante aclarar que cuando se habla genéricamente de responsabilidad precontractual, se alude a las consecuencias jurídicas de una multiplicidad de situaciones que suelen acontecer en la fase antecedente a la formación del contrato en sentido técnico. Se suele estar de acuerdo en incluir dentro de los supuestos generadores de la responsabilidad precontractual no solo a la ruptura injustificada de unos tratos o negociaciones preliminares a la conclusión de un contrato, sino también a los casos en que se celebra un contrato inválido o nulo, por haberse incurrido en una violación de la buena fe precontractual y, finalmente, a la celebración de un contrato válido, pero desventajoso, que merma las razonables expectativas económicas de una de las partes, como consecuencia de la actuación desleal de la otra, en la fase precontractual. El análisis del régimen jurídico y de las consecuencias de estas patologías que ocurren en la fase precontractual, constituye el núcleo central de mi trabajo de incorporación.

Cabe destacar que si bien es cierto que normalmente se puede lograr en forma rápida y sencilla el acuerdo de voluntades cristalizado en un contrato,

en ocasiones las partes, antes de contratar, llevan a cabo un proceso de negociaciones, tanteos, cruce de propuestas, más o menos prolongado y de una complejidad que escapa del modelo normativo (cruce entre oferta y aceptación) concebido por nuestro legislador para la formación instantánea del contrato. Baste mencionar el largo y laborioso período de preparación, discusión y suministro de información recíproca, que antecede a la emisión de una oferta en sentido técnico, en la mayoría de las operaciones comerciales sofisticadas que se desarrollan en la economía contemporánea. Tal es el caso, por ejemplo, de las negociaciones efectuadas para la adquisición de importantes paquetes accionarios, las operaciones de fusión de empresas, los contratos de *jointventure* o los contratos internacionales de obras.

En cuanto a la conexión de esta materia con el Derecho Público, debo resaltar una importante sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, del 6 de noviembre de 1991, con ponencia del ilustre Magistrado y también Académico, Luis Henrique Farías Mata, en la cual se admitió la posibilidad de que la ruptura intempestiva de negociaciones preliminares a la celebración de un contrato administrativo, genere responsabilidad precontractual. Se recogió así el criterio de la procedencia de la responsabilidad precontractual de la Administración Pública en Venezuela, que sostuve en la mencionada ponencia.

En el campo de los contratos celebrados por comerciantes y productores con los consumidores, en donde casi nunca se asiste a la negociación *pari passu* del clausulado del contrato o a la formación progresiva del mismo, los legisladores han intervenido para tutelar los intereses de la parte considerada más débil. Se establecen así, en leyes especiales, normas dirigidas a proteger el derecho a la información sobre las características y la calidad de los productos vendidos masivamente y se sancionan las conductas engañosas que suelen ocurrir en la fase antecedente a la adhesión del consumidor al clausulado predispuesto por comerciantes y productores.

Pero, al margen de la legislación especial mencionada, en los contratos que se forman de manera progresiva o en los que han precedido negociaciones antes de su formación, en sentido técnico, los operadores jurídicos comienzan a emplear “Cláusulas Generales”, como correctivos de la conducta de las partes en la fase que antecede a la formación del contrato, desde nuevos ángulos y con un efecto expansivo. La buena fe, la tutela de la confianza que la conducta de un sujeto despierta en otro y la búsqueda de un criterio de repartición de los riesgos y costos involucrados en el *iter* precontractual, adquieren entonces importancia destacada en el tratamiento de los temas que se suelen enmarcar

en la responsabilidad precontractual. Una visión clara de las diferentes técnicas empleadas en el Derecho Comparado para la aplicación de este principio, resulta particularmente útil, sobretodo en aquellos ordenamientos que no reconocen el deber de proceder de buena fe en las tratativas, como es el caso del *common law* y el caso de muchos ordenamientos del *civil law*, que carecen de normas expresas al respecto, tales como el francés y el nuestro.

El interés práctico que alimenta y justifica el creciente desarrollo del análisis del proceso de la formación progresiva del contrato, estriba en la creciente multiplicidad de conflictos que deriva de la superficial o desinformada valoración que muchas veces hacen las partes de las obligaciones que asumen, aún sin tener clara conciencia de ello, durante la fase precontractual. Las consecuencias pueden ser desastrosas.

Como ejemplo paradigmático, recordemos que en 1985 un jurado de Texas emitió un veredicto en contra de la empresa petrolera Texaco, Inc. por 10.530.000 millones de dólares (7.530.000 millones de dólares por daños y perjuicios materiales y 3.000.000 de dólares por “*punitive damages*”) a favor de otra empresa petrolera, Pennzoil Company. La mayor condena por responsabilidad civil en la historia de los Estados Unidos hasta entonces, tuvo su causa en un conflicto surgido en la fase precontractual, alrededor de un *memorandum of understanding*. Pennzoil, para aumentar su participación en el mercado petrolero, entró en un proceso de negociaciones con la empresa Getty Oil Company y sus principales accionistas. A raíz de ello Pennzoil y Getty Oil llegaron a un “acuerdo de principio” conforme al cual la primera compraría tres séptimas (3/7) partes de las acciones de Getty Oil, a un precio de 110 dólares por acción.

En una negociación paralela diferente, otra empresa, Texaco, acordó con Getty Oil comprar dichas acciones por 128 dólares cada una. Ello dio lugar a que Pennzoil demandara a Texaco por los daños y perjuicios derivados de la conducta de Texaco, al haber inducido a Getty Oil a incumplir el compromiso asumido con Pennzoil. Para llegar al veredicto, uno de los principales problemas consistía en determinar si efectivamente el *memorandum of understanding* entre Pennzoil y Getty Oil constituía un verdadero contrato, vinculante entre las partes o si, por el contrario, no constituía más que una mera expresión de intenciones.

La Corte Superior de Apelaciones de Texas consideró que efectivamente existió un contrato vinculante entre Pennzoil y Getty Oil y confirmó el veredicto, pero reduciendo el monto de la indemnización por *punitive damages* de 3.000.000 a 1.000.000 millones de dólares, para un total de 8.530.000 millones de dólares. Al final, las partes llegaron a un arreglo antes de que la

Corte Suprema de los Estados Unidos expidiera un pronunciamiento definitivo sobre el caso.

A raíz de situaciones como ésta, cada día se perfila con mayor nitidez la necesidad de analizar y delimitar el valor jurídico de los tratos preliminares, las cartas de intención y los llamados pactos de caballeros (*gentleman's agreements*) en la fase de la formación del contrato.

En resumen, por virtud de la investigación que realicé sobre estos temas, me pareció posible llegar a los siguientes postulados:

A) En ausencia de una norma similar a la contenida en el § 311 del B.G.B., después de su reciente reforma, no es posible en nuestro ordenamiento concebir la existencia de una verdadera relación jurídica precontractual, cuya violación daría lugar a una responsabilidad civil de tipo contractual o a una especial “responsabilidad precontractual”.

En la síntesis de derecho comparado se puso de relieve como los italianos identifican ciertos deberes de información, cooperación, lealtad y custodia como núcleos contrales de una relación precontractual, cuya violación se traduciría en la responsabilidad precontractual.

En Alemania, las construcciones originarias buscaban a través de ficciones diversas “contractualizar” el contacto de los sujetos en la fase precontractual, para poder superar los obstáculos que en ese ordenamiento representaban la configuración típica de hecho ilícito y el régimen legal limitativo de la responsabilidad de los dueños o principales por el hecho ilícito de los dependientes, en el terreno extracontractual. Esas construcciones tienen ahora, después de la reforma del B.G.B. de 2002, base legal expresa. En Venezuela, el art. 1185 del Código Civil regula el hecho ilícito con el carácter de Cláusula General, al igual que acontece en Francia, y no se advierte el problema de la tipicidad del hecho ilícito, como se lo suele hacer en conexión con el § 823 del B.G.B.

Por estas razones, la mayoría de los problemas que se suelen analizar en el marco de la culpa in contrahendo, encuentran efectiva solución en el terreno extracontractual, mediante la aplicación de la norma rectora del hecho ilícito o delictual, sin que sea necesario recurrir a la construcción de una relación contractual ficticia, entre quienes aún se encuentran negociando un contrato y por ende están todavía en el terreno extracontractual.

Por otra parte, el análisis del *soft law* y de otros ordenamientos jurídicos revela claramente la tendencia de regular la conducta de las partes en el período precontractual, imponiendo un deber de obrar conforme a la buena fe. Sin embargo, en el caso paradigmático de la responsabilidad precontractual

(v.gr. la ruptura de los tratos preliminares) aún se versa en el terreno de la responsabilidad civil extracontractual.

B) El hecho de que no luzca factible configurar una relación jurídica precontractual, cuya violación daría lugar a una responsabilidad de base contractual, como se puede ahora predicar en el caso de Alemania, no debe conducir a la impresión de que las partes, en el transcurso de las tratativas se encuentran en libertad absoluta de proceder. En Francia y en Bélgica, la jurisprudencia y la doctrina han llegado a concebir que por virtud del principio general de la buena fe, los tratantes se encuentran obligados a comportarse de manera leal y correcta durante las negociaciones preliminares. De esa conclusión derivan una serie de deberes de conducta, positivos y negativos, precontractuales. Por tratarse el sintagma “buena fe y lealtad” en la fase precontractual de conceptos indeterminados, de una Cláusula General, una enumeración taxativa de tales deberes, no puede ser realizada y carecería de sentido.

De igual forma, en nuestro ordenamiento una ruptura dolosa o simplemente contraria a los parámetros de la buena fe en sentido objetivo, de unos tratos preliminares, puede comprometer la responsabilidad extracontractual de la parte que frustra las legítimas expectativas que tenía la otra en la celebración del contrato. Así también, quien conociendo un vicio de nulidad no lo informa a la otra o quien provoca la nulidad del contrato, puede ser obligado a resarcir los daños que la otra parte experimenta por virtud de la declaratoria de nulidad del contrato en cuya validez había confiado, conforme a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

En determinadas circunstancias, son los mecanismos de la responsabilidad contractual los que intervienen para sancionar la conducta desleal de las partes durante la fase precontractual, tal como acontece en el caso de las obligaciones denominadas de garantía. El vendedor que silencia los vicios de los que adolece la cosa enajenada al comprador, será responsable por los daños y perjuicios que éste experimente por virtud de los mismos.

Ciertas obligaciones de información, conservación, custodia y secreto durante la fase precontractual, pueden construirse en nuestro derecho sobre la base de los principios que regulan el hecho ilícito y el contrato de depósito. En otros casos, la responsabilidad que deriva de haber suministrado información incorrecta o falsa sobre las cualidades del producto vendido, se encuentra regulada por la legislación especial en materia de protección al consumidor.

De manera que la mayor parte de las hipótesis englobadas en el marco de la responsabilidad precontractual, encuentra solución dentro de las normas reguladoras del hecho ilícito extracontractual. En nuestro ordenamiento,

cuando se alude a la culpa *in contrahendo*, no se hace referencia tanto a un tipo especial de responsabilidad civil, a un *tertium genus*, sino a la sanción que conecta el ordenamiento jurídico a ciertas conductas o actuaciones lesivas de las partes que ocurren durante el período antecedente a la formación del contrato; en la etapa precontractual. Son éstas hipótesis que parecen tener como común denominador la violación del deber de proceder de buena fe en la fase precontractual.

C) Creo que actualmente es posible configurar deberes de corrección, lealtad y confidencialidad que vinculan a los sujetos que se encuentran negociando, con base al principio general de buena fe, aún en ausencia de una norma que extienda a la fase precontractual el deber previsto por el artículo 1160 de nuestro Código Civil, para la fase de la ejecución del contrato. En este sentido, se analizaron casos en los cuales, aun en el terreno extracontractual puede concebirse el deber de obrar conforme a la buena fe, en sentido objetivo.

Ello obedece a que existen efectivamente circunstancias en las cuales, a pesar de no existir un vínculo obligatorio entre dos sujetos, las personas están obligadas a observar ciertos patrones de conducta, cuando entran en relación con otras. Carece de sentido decir que el deber de obrar conforme a la buena fe no tiene cabida entre dos sujetos, porque no han todavía entrado al mundo contractual: ello equivaldría, paradójicamente, a admitir que las personas pueden entrar a negociar de mala fe.

Una vez establecido este principio general del derecho para la fase precontractual, tal como lo han venido haciendo nuestra reciente doctrina y jurisprudencia, el mecanismo que encontramos para “juridificar” o “normativizar” en concreto su aplicación durante los tratos preliminares, encuentra su fundamento en el único aparte del artículo 4 del Código Civil. Con base en esta norma, cuyos antecedentes y vicisitudes analizamos, nuestro legislador autoriza (y obliga) al juez a aplicar al caso concreto, en ausencia de norma expresa o ante la imposibilidad de aplicar otra por analogía (v.gr. el artículo 1160 del C.C.), los principios generales del derecho. Se trata de un mecanismo de heterointegración del ordenamiento positivo, en caso de lagunas no resolubles por analogía.

D) A pesar de que la aproximación al tema de la responsabilidad precontractual por parte de nuestra doctrina ha sido casuística, ella ha analizado los diversos problemas que en Derecho Comparado se suelen reconducir dentro del ámbito de la culpa *in contrahendo*. La responsabilidad por ruptura de las tratativas ha sido tratada y enmarcada dentro de la responsabilidad civil extracontractual, como se ha dicho anteriormente.

Algunos autores han pretendido aplicar al caso de la interrupción intempestiva de los tratos preliminares la figura del abuso del derecho. Tal cosa no me parece técnicamente correcta, ni necesaria, dado que el fundamento del deber de proceder con lealtad y corrección conforme a la buena fe en sentido objetivo en la fase precontractual, es el que explicamos con base al artículo 4 del Código Civil.

Los problemas de la revocatoria de la oferta simple de contratar y de la negativa de contratar, han sido también resueltos recurriendo a la aplicación de las normas en materia del hecho ilícito. En lo que se refiere al problema del valor vinculante de la oferta firme con plazo, muy debatido en la doctrina extranjera, el mismo ni siquiera se plantea entre nosotros, habida cuenta del hecho de que el art. 1137 de nuestro Código Civil de 1942 acogió la figura de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, al consagrar dicha oferta como un negocio jurídico unilateral vinculante. Por ello, no puede hablarse en propiedad del tema de la responsabilidad civil derivada de la revocación de este tipo de oferta, supuesto que ella no es revocable y el contrato se forma si durante el plazo de la oferta se produce la aceptación del destinatario y la misma es comunicada al oferente.

En materia de contratos nulos, la responsabilidad en la que incurre el responsable de la nulidad, se rige por los cánones de la responsabilidad extracontractual. De allí se desprende la responsabilidad del menor que ha obrado con discernimiento, en ciertos casos.

E) Cuando recibe aplicación la normativa de la responsabilidad extracontractual para sancionar una conducta lesiva o ilícita de una de las partes en la fase precontractual, en principio la doctrina nacional suele estar de acuerdo en que el resarcimiento de los daños y perjuicios no puede exceder del interés contractual positivo, vale decir el interés de cumplimiento. Se ha acogido en este sentido la categoría del interés contractual negativo, la cual comprendería los gastos en que ha incurrido la parte inocente en previsión del contrato que no fue celebrado o que fue anulado (daño emergente) y el daño que consiste en la pérdida de las oportunidades que habría tenido la misma, de no haber entrado en las negociaciones que luego fueron interrumpidas o que culminaron en el contrato anulado (lucro cesante).

Sin embargo, esta concepción, a la luz del desarrollo de la doctrina moderna, debe ser tomada con cautela. La cuestión debe ser afrontada caso por caso y sin prejuicios o criterios limitativos que carecen de fundamento en nuestra legislación.

Recurrir a una categoría como la del interés negativo, por contraposición a la del interés positivo, de acuerdo a la clásica distinción de Jhering, con el propósito de sentar un pretendido principio de la menor extensión cuantitativa del daño negativo, representa un error de perspectiva.

En nuestro ordenamiento no existe una norma que expresamente limite el daño resarcible en los casos de ruptura de negociaciones o de contratos nulos, motivo por el cual cabe descartar una postura que pretenda implantar estas limitaciones frente al principio del resarcimiento integral del daño. La tan repetida comparación entre daño negativo y daño positivo equivale a confundir peras con manzanas.

El principio que debe regir en la materia es el del resarcimiento integral del daño experimentado por la víctima del comportamiento desleal de la otra parte en el transcurso de las negociaciones. Así las cosas, carece de sentido afirmar genéricamente que el daño resarcible nunca podrá exceder del interés positivo, dado que se trata de hipótesis distintas.

En la práctica, en la mayoría de los casos de ruptura de negociaciones, ciertamente será difícil configurar un resarcimiento cuantitativamente similar al del interés positivo, sea por limitaciones probatorias o por el relativo grado de incertidumbre que presenta el concepto de la pérdida de otras oportunidades de contratar, algunas de las cuales pueden incluso haber sido más ventajosas que la perseguida.

F) El problema de la responsabilidad precontractual derivada de la ruptura de unas tratativas puede plantearse también en los casos en que unos sujetos se encuentren renegociando los términos de un contrato ya existente, o su prórroga. En cambio, cuando se trata de la terminación unilateral (revocación) de un contrato celebrado por tiempo indeterminado, efectuada en forma abusiva, se asiste a la hipótesis de la responsabilidad post-contractual, como la denomina un sector de la doctrina francesa. Nuestra jurisprudencia ha admitido que el ejercicio de un derecho contractual puede ser realizado en forma abusiva, dando lugar a la figura del abuso del derecho.

G) En nuestro ordenamiento, las partes pueden convencionalmente regular su conducta y relaciones durante la fase precontractual. De los diversos pactos y documentos que analizamos al referirnos al tema interesa recordar en particular a las cartas de intención y acuerdos de confidencialidad, a través de los cuales las partes regulan sus relaciones durante el período precontractual. Estos acuerdos tienden a reforzar la obligación de conducir las tratativas conforme a la buena fe y usualmente establecen criterios para la repartición de los gastos incurridos durante esta fase. Constituyen, además, un medio de prueba que

facilita la comprobación de la existencia de unas negociaciones preliminares entre sujetos determinados, a los fines de exigir la responsabilidad consiguiente a una ruptura indebida de las mismas. Estos pactos no deben ser confundidos con los llamados acuerdos parciales y minutas, figuras que se presentan en el caso de la formación progresiva del contrato, fenómeno que plantea el problema del contenido mínimo del clausulado y la necesidad de establecer parámetros claros para determinar cuándo un contrato puede reputarse formado.

También pueden las partes celebrar verdaderos contratos (cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad contractual del infractor), con el fin de obligarse a la subsiguiente o posterior celebración de un contrato definitivo. En este caso versamos en la hipótesis de los contratos preliminares, (respecto de los cuales también puede concebirse una fase precontractual y unas tratativas), cuya función es instrumental y no sustantiva, tal como puede predicarse respecto del contrato definitivo.

III. En conclusión, la necesidad de establecer un deber de obrar leal y correctamente, vale decir, conforme a la buena fe durante el período precontractual, parece obedecer a una exigencia moderna en el tráfico comercial y constituye el punto de llegada de un largo y azaroso camino, tal como se desprende de las interrogantes que formuló hace más de dos mil años Cicerón en su obra *De officis*, acerca de la mentira y la manipulación en las negociaciones. Allí nos relata el caso del acomodado caballero romano Canio, quien al ir de vacaciones a Siracusa, hizo saber que deseaba adquirir una casa de verano. Pizio, banquero siracusano, al enterarse de la noticia le dijo que podía utilizar su villa de la playa, como si fuese suya y lo convidó a cenar el siguiente día en la misma. Al propio tiempo, Pizio mandó a llamar a unos pescadores del lugar para decirles que llevaran al banquete una gran cantidad de peces. Canio se presentó a la cena puntualmente y durante la misma varias embarcaciones acudieron con toda clase de pescados. Estupefacto por aquella abundancia, Canio le preguntó a Pizio el motivo de la misma y éste le contestó que todos los peces de Siracusa moraban por allí; que no podían alejarse de las aguas de la villa. Comenzó Canio insistentemente a pedirle a Pizio que le vendiera la casa, cosa a la cual éste afectó oponerse hasta lograr un precio elevadísimo. Concluida la venta, al día siguiente Canio invitó a sus amigos a cenar, pero al llegar a la casa no vio ninguna embarcación alrededor. Intrigado, le preguntó a un vecino si los pescadores estaban de fiesta y éste al contestarle negativamente, agregó que usualmente allí nadie iba a pescar. Al analizar el caso nos dice Cicerón: “¿Qué hubiera podido hacer? En aquel tiempo Caio Aquilio, mi

amigo y colega no había todavía propuesto las normas relativas al dolo malo. Al preguntársele a éste en que consiste el fraude, respondió que el mismo se verifica cuando se finge una cosa y se hace otra”.

Es pues vieja la historia de las manipulaciones y del engaño en la materia contractual. Lástima que nos toca vivir en un país en el cual el tema parece haberse trasladado al terreno de la política. Requerimos hoy más que nunca del concurso de hombres talentosos y de transparente ejecutoria, para superar la supersticiosa creencia en soluciones mágicas e irrealizables ante la crisis que enfrentamos. Por eso, concluyo recordando unas palabras pronunciadas por Don Mariano Picón Salas en 1947 al inaugurar el Centro de Estudiantes de Filosofía y Letras, en presencia del joven Mélich:

Tener talento –esto se ha olvidado a menudo entre nosotros– más que un privilegio, es una obligación. El auténtico hombre superior no es quien se pone de espaldas ante la gente que pasa o se amuralla en el castillo de su individualismo desdeñoso, sino el que sabe comprender las necesidades de muchos, el que pensando obra y facilita la tarea progresiva de la especie humana; el que destruye una superstición, esclarece un problema y contribuye a esa nunca concluida epopeya de Libertad que es la definitiva razón de la Historia.

Muchas gracias.