

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
ESCUELA DE GRADUADOS

MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL

Tesis:

***“La Culpa In Contrahendo y la Responsabilidad Precontractual
en el Código Civil”***

Presentada por: Luis Fernando Ojeda Guillén

CONTENIDO

INTRODUCCION	3
CAPITULO I.- COMENTARIOS INICIALES	9
1.- Aspectos generales de la responsabilidad civil	9
2.- Definiciones fundamentales	13
3.- Responsabilidad contractual	19
4.- Responsabilidad extracontractual	23
5.- Diferencias entre ambos tipos de responsabilidad	45
6.- Primeros estudios de responsabilidad precontractual	57
CAPITULO II.- FORMACIÓN DEL CONTRATO	77
1.- Definición de negocio y contrato	83
2.- Etapas de la formación del contrato	93
2.1.- El iter negocial	94
2.1.1.- La generación del contrato	95
2.1.2.- El perfeccionamiento del contrato	105
2.1.3.- La consumación del contrato	116
2.2.- Las tratativas antes de la oferta.	117
2.3.- Naturaleza de las tratativas precontractuales	120
3.- La declaración de voluntad y su fuerza vinculante	128
CAPITULO III.- LA CULPA IN CONTRAHENDO DENTRO DEL CODIGO CIVIL	143
1.- Definiciones	143
1.1.- La culpa y su definición en nuestro Código Civil:	
Alcances del Artículo 1319.	144
1.1.1.- La culpa: definición y clases.	147
1.1.2.- La culpa in contrahendo: Incumplimiento injustificado	155
1.1.3.- Ubicación temporal de la culpa in contrahendo:	
el sentido del artículo 1362.	164
1.2.- La buena fe como principio general del Derecho	183
1.2.1.- Concepto de buena fe	184

1.2.2.- Buena fe subjetiva o buena fe creencia	185
1.2.3.- Buena fe objetiva o buena fe lealtad	186
1.2.4.- Reglas de la buena fe en el período precontractual	188
1.3.- Los vicios de la voluntad y sus efectos en la validez del negocio	198
1.3.1.- El error y sus efectos en la validez del negocio	203
1.3.2.- El dolo	216
1.4.- Inexistencia o invalidez del negocio	226
1.5.- Incumplimiento de la oferta y de los contratos preparatorios	239
1.5.1.- La oferta y la aceptación	240
1.5.2.- Responsabilidad por incumplimiento injustificado de la oferta y de la aceptación	245
1.5.3.- Los contratos preparatorios y las consecuencias de su incumplimiento	247
2.- Función de la culpa In contrahendo	253
2.1.- Identificación del Daño	254
2.2.- El tipo de responsabilidad aplicable y la función reparadora	269
2.2.1.- Inejecución de obligaciones, revisión de las disposiciones del art. 1314	299
2.2.2.- El art. 1969 y la responsabilidad extracontractual	306
2.3.- Los plazos de reclamación	314
3.- El incumplimiento eficiente y su efecto en nuestro sistema	318
CAPITULO IV.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	325
I.- Conclusiones	325
II.- Propuestas	349
III.- Cuadro comparativo de las modificaciones propuestas	355
BIBLIOGRAFIA	356

INTRODUCCIÓN

El Derecho puede ser considerado como una rama del saber humano; como una ciencia social, definible como un conjunto de principios y leyes que rigen un grupo homogéneo de hechos, de fenómenos denominados jurídicos (igual que la biología o la química o la física estudian determinados grupos de fenómenos). Esta ciencia social, cuyo objeto central son las relaciones socioeconómicas del hombre, está muy lejos de haber agotado su campo de estudio. Por el contrario, constantemente se amplían sus fronteras, se rediseñan sus contornos, se redefinen sus alcances. El Derecho avanza, evoluciona, puesto que las relaciones entre los hombres también experimentan cambios. Así pues, el Derecho no es estático (o no debiera serlo), más bien tiene la obligación de adecuarse a la velocidad del cambio de las relaciones socioeconómicas, a las nuevas formas de relacionarse, a los nuevos modelos de conductas.

Dentro del universo de ramas que componen a la ciencia del Derecho, y en especial al Derecho civil, el tema de la responsabilidad civil se nos ofrece como un amplio campo de estudio ya que sus orígenes van de la mano con las primeras manifestaciones de la actividad humana, fijando su punto de partida en la etapa de la venganza privada que luego iría evolucionado, a la par que lo haría el concepto de Estado, hacia la etapa del resarcimiento del daño. Así pues, es lógico pensar que, siendo la figura de la responsabilidad civil tan antigua como el Derecho mismo, mantenga un halo cautivador, una invitación permanente a estudiar sus distintos matices, sus distintas formas de

presentarse ante nosotros. Y dentro de este amplio campo de acción encontramos que la figura de la responsabilidad precontractual, la cual será objeto central de nuestro estudio, si bien ha sido analizada por la doctrina, no ha sido adecuadamente valorada por nuestra regulación civil, la que le ha dedicado poco espacio y esfuerzo.

En efecto, teniendo en cuenta que, como hemos señalado, las relaciones sociales han ido evolucionando de acuerdo con las nuevas necesidades de los intercambios económicos, nos sorprende confirmar que a una figura tan importante como la responsabilidad precontractual no se le haya dado mayor cabida dentro de nuestro Código Civil, más que, aparentemente, un solo artículo de los más de dos mil que lo conforman. Por ello, se propone en este estudio una revisión exhaustiva de la figura de la responsabilidad precontractual y del concepto de la culpa In contrahendo, es decir, del tipo de responsabilidad que se debe imputar a los tratantes que por su conducta en la etapa de las tratativas prenegociales, hayan causado daños a su contraparte y su tratativa en nuestro Código.

Creemos conveniente puntualizar que nuestro Código Civil se refiere a esta figura únicamente en el **Artículo N° 1362**, cuya lectura incluso puede pasar desapercibida si es que no se interpretan adecuadamente los efectos de sus disposiciones. El texto del citado artículo es el siguiente: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”* La primera parte del artículo, la que se refiere a la negociación de los contratos, es la que nos interesa para efectos de nuestro

estudio: en dicha premisa está contenido el deber de actuación de las partes tratantes antes de que el contrato llegue a celebrarse. Así pues, nos proponemos centrar nuestra atención en esta etapa del iter negocial, en analizar cuales son los deberes de conducta que las partes tratantes podrán exigirse recíprocamente y cuales serán los efectos si es que se quebrantan dichos deberes.

Este estudio nos llevará a indagar los orígenes de la figura, desde los primeros conceptos que el reconocido jurista alemán Rudolf von Jhering fue esbozando, hasta los modernos estudios que sobre dicho tema ha adoptado la doctrina. Pasaremos por el análisis de los diversos puntos de vista que los autores se han esmerado en proponer, a fin de catalogar la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Si bien el desarrollo del tema nos irá dando luces acerca de la verdadera naturaleza de dicha figura, podemos adelantarnos en decir que la doctrina no es pacífica al momento de definir la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad. Este rasgo es lo que más llamó nuestra atención, es decir lo polémico del caso, que es lo que hace que, pese a que ha pasado mucho tiempo desde los primeros estudios que sobre la culpa in contrahendo, aún no exista un verdadero consenso en cuanto a su definición, alcances y clasificación.

Como es lógico, nuestro Código Civil será la principal fuente de estudio por cuanto este trabajo está orientado a establecer la forma en la cual está regulada dicha figura en nuestro texto normativo y las posibles deficiencias que iremos destacando, considerando la revisión de los elementos que encierran su

definición hasta la elaboración de propuestas para la modificación del Código, si es que ello fuera necesario a la luz de nuestro análisis.

Veremos que la culpa in contrahendo no ha sido suficientemente regulada dentro de nuestro Código (aún vigente) y cuales son las consecuencias de la falta de atención legislativa a esta figura tan importante dentro del campo civil y comercial.

Asimismo, nos proponemos analizar cual es el tipo de responsabilidad que se debe considerar para efectos de aplicar sanciones a los infractores de las tratativas y veremos que la doctrina no es pacífica a este respecto, ya que existen argumentos encontrados sobre la naturaleza contractual o extracontractual de esta figura. En resumen, estudiaremos en forma integral todos los aspectos vinculados a la naturaleza de la culpa in contrahendo, tal cual está planteada en nuestro Código sustantivo.

Lo expuesto en líneas precedentes es un resumen general de los aspectos que se van a tocar a lo largo del trabajo. Esto no quiere decir que no se intentará profundizar en aquellos puntos que merecen especial atención y que consideramos generan controversia en la doctrina. En tal sentido, se ha considerado revisar los siguientes tópicos respecto al tema central de la responsabilidad precontractual, los mismos que serán examinados siguiendo la doctrina comparada.

Como punto de partida de nuestro estudio, procuraremos formular una definición de la culpa in contrahendo, tal como es concebida en la doctrina en general y veremos si esta definición calza dentro de los supuestos de nuestra legislación o, si por el contrario, a la luz de la doctrina moderna, no cabe hablar de culpa en la etapa precontractual.

Asimismo, nos ocuparemos de analizar la tratativa que nuestro Código civil le ha dado a esta figura. Básicamente desarrollaremos la legislación actual, comparándola con otras legislaciones, para determinar el contenido exacto de su regulación, alcances y límites.

Nos ocuparemos de determinar el sistema de responsabilidad aplicable. Discutiremos acerca del rompimiento injustificado de las tratativas negociales y la naturaleza de la sanción, si es que cabe, que este tipo de conducta genera y buscaremos definir el concepto de las tratativas precontractuales y su contenido obligacional y si el rompimiento injustificado de ésta etapa genera responsabilidad contractual o si es que se trata del quebrantamiento de un deber jurídico general *erga omnes*.

En cuanto al alcance del resarcimiento, estudiaremos si es que cabe la reparación de un supuesto daño. Veremos si es necesario acreditar la existencia de un daño para solicitar una reparación o si es que únicamente el quebrantamiento de la buena fe es suficiente para pedir una indemnización y si es que es posible hablar de una reparación por los “perjuicios” que se

ocasionan derivados del rompimiento injustificado de las tratativas precontractuales.

Así pues, teniendo en cuenta que, como hemos adelantado, consideramos que existe un insuficiente tratamiento normativo respecto al tema de la responsabilidad precontractual y las consecuencias del actuar de los tratantes, la finalidad concreta del trabajo consistirá en analizar el contenido, alcances y efectos de la culpa in contrahendo, desde la perspectiva de nuestra propia regulación y su comparación con otras, así como del tipo de responsabilidad que involucra dicha figura (contractual o extracontractual) y, a partir de su definición y revaloración, proponer alternativas para regular adecuadamente, si cabe, su tratamiento legislativo.

Consideramos que se trata de una figura que debemos conocer, analizar e interpretar desde su actual consideración en el Código Civil, hasta sus verdaderos y reales alcances, porque definitivamente la realidad de las cosas no siempre encuentra su fiel reflejo en la legislación. Entonces, el trabajo no se detiene tan sólo en una lectura rápida del Código, sino que por el contrario, pretende determinar cuales serían las posibles alteraciones al interior de su redacción que acarrearían su variación. El esquema inicial que tendría el trabajo sería el siguiente:

En suma, es oportuno mencionar que, pese a la amplia literatura acerca del tema, quedan aún abiertas las posibilidades para seguir discutiendo sobre éste, el cual, como hemos visto, genera más debate que consenso.

CAPÍTULO I

COMENTARIOS INICIALES

1.- Aspectos generales de la responsabilidad civil

El tema de la responsabilidad civil, como un vasto campo de estudio del Derecho, es uno fértil, de posibilidades muy amplias y de raíces muy remotas, por cuanto *“...su visión histórica se remonta a las primeras manifestaciones de la actividad humana y, por ello, al origen mismo del Derecho.”*, según comenta Fernando Vidal Ramírez, *“Con esa visión histórica, los estudios de la responsabilidad civil trazan su evolución partiendo del natural instinto de venganza de quien es víctima de un daño, siendo esta la etapa de la venganza privada, para luego de esta, pasar a la etapa de la composición o del resarcimiento o de la reparación del daño, cuando en la organización social comienza a hacer su aparición el Estado.”*¹ Entendemos pues que la figura de la *responsabilidad civil* es tan antigua como el Derecho mismo, o quizás aún más. Este primer apunte, nos da una idea de la importancia que ha tenido, como tema de estudio, a lo largo del tiempo. Es por ello irrefutable la trascendente posición que ocupa dentro de los debates jurídicos, ya sea por juristas del denominado derecho anglosajón o *common law*, o por aquellos exponentes del derecho de tradición romano-germánica, o *civil law* (algunos los llaman exponentes del derecho continental).

¹ VIDAL RAMIREZ, Fernando. “La Responsabilidad Civil.”. En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006. Pág. 203.

No cabe duda de que la responsabilidad civil es de aquellas instituciones jurídicas que más mutaciones ha sufrido desde sus primeros orígenes. Sabemos que los fundamentos remotos de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal son comunes, la reparación estaba teñida de venganza por parte de la víctima y de punición respecto del culpable. Consideramos que el Derecho Romano, tal vez más que ningún otro, nos muestra la verdad de este proceso. De las etapas de venganza ilimitada de la cual no tenemos rastros directos, pero cuya realidad puede inducirse tanto de apreciaciones sociológicas como jurídicas, se pasó a la Ley del Talión, de la que ya encontramos vestigios en las XII Tablas. Las XII Tablas señalan, pues, el momento crucial en el cual el Talión va siendo desplazado por la composición pecuniaria que, desde el punto de vista estrictamente legal, continuaba siendo facultativo para el ofensor, pero que ya se nos presenta por obra del uso como norma general y prácticamente obligatoria para reparar los daños previstos en esta legislación².

Así pues, la evolución de esta institución pasó de una primera estación en la que primaba el ánimo de venganza personal, hacia una etapa mucho menos *inequitativa*. *“En una época posterior la pasión humana se modera; la reflexión prima sobre el instinto salvaje y la víctima del daño que tiene el derecho de venganza también puede perdonar mediante la entrega al ofensor de una suma de dinero libremente consentida. Es ya la época de la composición voluntaria, del rescate, de la pena privada. [...] Cuando las organizaciones políticas se consolidan y la autoridad se afirma, se ve la necesidad de institucionalizar el*

² PEIRANO FACIO, Jorge. “Responsabilidad Extracontractual.” Editorial Temis. Bogotá 1981. Pág. 101.

*sistema de las composiciones haciéndolas obligatorias para asegurar la tranquilidad pública.*³ Finalmente, el Estado es el que va a asumir la función de aplicar la sanción respectiva por la comisión de algún ilícito penal y, por otro lado, se establece el carácter pecuniario de la responsabilidad civil, que tiende a resarcir a la víctima del daño sufrido. Michele Giorgianni⁴ da luces acerca de la transformación de la obligación, de un derecho personal a un derecho patrimonial, básicamente en las relaciones obligacionales o contractuales, analizando críticamente la Teoría del Débito y Responsabilidad, al explicar dicha transformación.

Así pues, es evidente que el Derecho no ha permanecido impasible ante esta institución. Las transformaciones que ha sufrido dan cuenta del permanente análisis al cual se ha visto sometida, desde su primera aparición en la forma de la venganza privada hasta la patrimonialidad que ahora la caracteriza. Asimismo, los distintos campos de la actividad humana en la que se presenta también generan nuevas aplicaciones e interpretaciones, al compás de la aparición de nuevas profesiones y, en general, de aquello en lo que el hombre va incursionando. Es indudable también que aún ahora, luego de varios siglos de evolución, discusión y debate, existen muchos aspectos de la misma que no son objeto de consenso. Las legislaciones la tratan de distinta manera, los autores se dividen en bandos contrapuestos, defendiendo sus distintas posiciones en torno a la naturaleza de la institución, a sus aplicaciones, a sus distintas percepciones y, en fin, al particular punto de vista con el que cada uno

³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil.” Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1986. Quinta Edición. Pág. 14.

la observa. Todas estas disquisiciones hacen de esta institución, como ya se ha dicho, un campo fértil de estudio, ya que la figura no se agota en la revisión de los clásicos, sino que se reinventa y a cada momento se plantean nuevos supuestos de hecho en los cuales se hace imprescindible su presencia.

De ahí que, dentro de estas *casi infinitas* posibilidades que nos ofrece esta institución, nos ha interesado particularmente el estudio de la denominada responsabilidad precontractual y la revisión exhaustiva del concepto de la *culpa in contrahendo*, es decir, del tipo de responsabilidad que se debe imputar a los tratantes por su conducta dañosa o desleal en la etapa precontractual, desde los primeros conceptos que Jhering fue esbozando hasta los modernos estudios que sobre dicho tema ha adoptado la doctrina. De acuerdo a como está planteado el tema que es materia de estudio, consideramos necesario, como premisa obligatoria, analizar la vigente normativa respecto a la responsabilidad precontractual y las consecuencias del actuar de los tratantes. Al respecto, la doctrina nacional es mayoritariamente coincidente en que nuestro Código se refiere a esta figura únicamente en el **artículo 1362**, cuya lectura incluso puede pasar desapercibida si es que no se interpretan adecuadamente los efectos de sus disposiciones. El texto literal del citado artículo es el siguiente: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”*

Sin embargo, pese a que la figura en estudio no es novedosa, ya que se le atribuye a Jhering las primeras reflexiones sobre la misma en el Siglo XIX,

⁴ GIORGIANNI, Michele. “La Obligación. La parte general de las obligaciones.” Traducción del italiano por Evelio Verdera y Tuellis. Editorial Bosch. Barcelona 1958. Pág. 149 y ss. Sin embargo, el autor

aparentemente nuestros legisladores no le dieron la importancia que merece, a diferencia de los Proyectos de Modificación del Código Civil de 1936 presentados por Max Arias-Schreiber –quien advirtió sobre la necesidad de regularla más extensamente⁵– pero finalmente se aprobó este único artículo que regula, entendemos, de manera muy exigua el tema. Creemos pues que existen elementos suficientes para elaborar una nueva estructura de la figura de la responsabilidad precontractual en el actual Código Civil, la cual debería atender a todos los elementos concurrentes en esta etapa tan importante de la formación del contrato, y, sobre todo, sopesando las diversas experiencias legislativas y doctrinarias que abordan el tema.

A fin de poder arribar a nuestros objetivos, es necesario partir del análisis de la figura de la responsabilidad civil, sin necesidad de agotar *in extenso* todos los aspectos de la misma, ya que ello nos desviaría de nuestros objetivos reales, estudiaremos fundamentalmente aquellos que serán de utilidad para el desarrollo de nuestro tema central de investigación.

2.- Definiciones fundamentales

Tratemos ahora de definir el concepto de la institución de la responsabilidad civil. Emilio Betti ⁶ define la responsabilidad en sentido amplio, de la siguiente manera “...la responsabilidad puede definirse como la posición creada a un sujeto por la necesidad jurídica de sufrir la pérdida de un bien a título de

expone su posición crítica acerca de la evolución de la responsabilidad personal hacia la patrimonial.

⁵ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Contratos: Parte General.” Editorial Gaceta Jurídica. Lima 1995. T.I. Pág. 117.

sanción (reparación o pena) dependiente de un suceso determinado y, sobre todo, en razón de un daño que se le imputa a él.” Luego añade que en el ámbito de la relación de obligación “...responsabilidad es la situación jurídica de vínculo caracterizada por el peligro de perder un bien a título de satisfacción ajena (es decir, del sujeto con quien se está vinculando) al no verificarse un suceso determinado y esperado por el otro, o por comprobarse que se ha producido un hecho temido por él.” El bien a que se refiere el autor que es susceptible de perderse si el deudor no cumple con su prestación, no lo constituye el objeto de dicha prestación, sino el patrimonio mismo del deudor, ajeno al comprometido al momento de la celebración del acuerdo, que deberá ser afectado ante el incumplimiento de la obligación.

Una definición un tanto más clara de responsabilidad civil la podemos encontrar en el estudio de Adriano de Cupis acerca del Daño, quien señala lo siguiente: *“El remedio del daño escapa absolutamente de toda prevención cuando es totalmente posterior al hecho productor del mismo, por lo que sólo puede ser reprimido, reparado, y nada más, por cuanto ni siquiera en parte pudo impedirse.*

Ante la imposibilidad de impedir el daño, el remedio consiste en imponer su reparación a una persona – responsable–, distinta del perjudicado, lo que equivale a transferir la carga del daño del segundo al primer sujeto, concretando el fenómeno jurídico de la responsabilidad civil.

[...]

⁶ BETTI, Emilio. “Teoría General de las Obligaciones.” Traducción del italiano por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1969. Tomo I. Pág. 254.

La definición más exacta de responsabilidad civil es la que ve en ella la posición de desventaja del sujeto al que el ordenamiento jurídico transfiere la carga del daño privado mediante la imposición de su reparación; tal sujeto (responsable) sufre la reacción jurídica encaminada a colocar el daño a su cargo imponiéndole su reparación. La misma responsabilidad consistente en la sumisión a tal reacción, en la necesidad jurídica de tenerla que soportar.”⁷ (el subrayado es nuestro). El autor explica que, siguiendo en esto a Carnelluti⁸, el causante de un daño esta obligado a su reparación, en virtud al deber de sujeción al orden jurídico que tienen todos los sujetos. Sujeción que se refiere al concepto de sanción que para tales efectos se identifica o toma el nombre de responsabilidad.

En palabras de Ricardo de Ángel Yagués, diríamos que *“La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica: el autor del daño responde de él, esto es, se halla sujeto a responsabilidad. Y, en principio, la responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima.”⁹ (el subrayado es nuestro). Así tenemos que el eje central de la Responsabilidad Civil es establecer la reparación del daño causado¹⁰. Sin embargo, admitimos que esta primera premisa es en realidad muy simplista, ya que para un*

⁷ DE CUPIS, Adriano. “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Traducción a la segunda edición italiana por Ángel Martínez Sarrión. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1975. Pág. 578.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. “Teoría General del Derecho”. Traducción del italiano por Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1955. Pág. 216.

⁹ DE ÁNGEL YAGUÉS, Ricardo. “Tratado de Responsabilidad Civil”. Editorial Civitas SA Madrid 1993. Pág. 13.

¹⁰ En el mismo sentido se pronuncia Miguel Federico de Lorenzo al describir el nuevo enfoque del derecho de daños, cuando señala que *“Uno de los cambios más importantes que se han operado en el ámbito de la responsabilidad civil, lo constituye sin hesitaciones, la transición del principio del acto ilícito, al del hecho dañoso”*, justificando dicha postura a través del análisis de la doctrina

entendimiento más profundo acerca del concepto de responsabilidad civil, sería necesario referirnos a las diferentes teorías que sobre ella se han generado: responsabilidad subjetiva, responsabilidad objetiva, la antijuridicidad o injusticia del daño, etc.; pero para efectos de nuestro estudio, es válido empezar tomando posición respecto a un aspecto que quizás ha ido evolucionando de manera más monocorde al interior de la Teoría de la Responsabilidad: orientar el fundamento de la misma, ya no necesariamente en el análisis del hecho productor del daño, **sino en privilegiar como fundamento central de la misma a la reparación del daño (el cual consiste en la diferencia que media entre el estado actual del patrimonio que lo sufre y aquel que tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido. De aquí que muchas veces se de al daño el nombre de interés patrimonial, o simplemente interés de la persona perjudicada)**¹¹ al estado de las cosas a la etapa anterior de la comisión del daño.¹²

Compartimos la opinión de De Lorenzo, cuando dice que *“El nuevo horizonte del derecho de daños está constituido precisamente por un sistema que se configura a partir del detrimento sufrido injustamente, y con independencia de la ilicitud de la conducta que lo ocasiona. La elaboración de la responsabilidad civil sobre la base de la antijuridicidad concebida como conducta contraria al orden jurídico, no sólo resulta desaconsejable en cuanto no suministra un parámetro adecuado para la solución de los innumerables conflictos de*

contemporánea, en “El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil”. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 13.

¹¹ VON THUR, Andreas. “Tratado de las Obligaciones”. Traducción del alemán por W. Roces. Editorial Reus S.A.. Madrid. 1934. T. I. Pág. 58.

¹² Así lo explica. Gastón Fernández Cruz en su estudio “Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y

*intereses que se suscitan a partir de conductas no prohibidas o ajustadas al ejercicio de un derecho, sino que a los fines de lograr una teoría funcional y dinámica del ilícito – omnicomprendiva de las nuevas figuras dañosas – los autores se ven forzados a dilatar a tal punto la noción, que en definitiva se la hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla en un sistema valorativo de resultados ex post facto.”*¹³ No debemos olvidar que pueden producirse daños, aun por conductas lícitas, lo cual da lugar al deber de resarcir, por un factor objetivo de responsabilidad. Justamente la dificultad que genera el hecho de tratar de identificar la conducta generadora del daño con un hecho ilícito, determina que no se pueda tomar como fundamento de la responsabilidad a la – a veces inexistente – conducta ilícita o antijurídica, aún cuando en muchos casos si deba considerarse tal supuesto.

Evidentemente, *“el punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil es un comportamiento, es un acto humano al que de alguna manera se pueda considerar como causa de daño. Esta acción humana puede consistir en una acción positiva (facere) o en una acción negativa, omisión o abstención (non facere).”*¹⁴ Pero también es cierto que no será siempre ilícita o antijurídica dicha acción, pero sin embargo se habrá de generar el deber de resarcir, si es que de su ejercicio se ha causado un daño. Así pues, *“... es innegable que la*

preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*”). En “Estudios sobre la responsabilidad civil”. Ara Editores. Lima 2001. Pág. 234 y ss.

¹³ DE LORENZO, Miguel Federico. “El daño injusto en la responsabilidad civil.” Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 22.

¹⁴ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. “Sistema de Derecho Civil.” Editorial Tecnos. Madrid 1995. Séptima edición. T. II. Pág. 598. Los autores explican que en materia de responsabilidad contractual, al existir un deber de cumplimiento de la prestación previamente pactada, la falta de ejecución de la misma se configura en un hecho ilícito en la medida en que consiste en una contravención del ordenamiento jurídico al darse una violación del derecho del acreedor que protege y una falta de cumplimiento en la propia obligación que sanciona. Sin embargo, al referirse a la responsabilidad

orientación hacia la víctima y el daño despojó al modelo de la responsabilidad civil de toda función de tipo 'educativo'; ella pasó a encaminarse, decididamente, hacia objetivos más complejos, de ingeniería social.”¹⁵

Veremos más adelante cómo este fundamento de la tutela resarcitoria, el daño, cobra relevancia trascendental en torno a nuestro tema de estudio. Hablaremos también acerca de la naturaleza del daño, sus aspectos, consecuencias y su valuación en atención a los hechos producidos en la etapa precontractual, para efectos de determinar la mejor manera de conceptualizar al mismo, en lo que expresamente se refiere a dicha etapa del negocio.

Hemos señalado que clásicamente la responsabilidad civil ha sido tratada de modo diferenciado, considerando sus dos fuentes: la contractual y la extracontractual. Con relación a esta distinción, De Ángel Yagués señala que *“Mas no todos los comportamientos dañosos presentan la misma fisonomía ni se enmarcan en idénticas realidades sociales. Al contrario, una sencilla reflexión – ajena a todo tecnicismo jurídico – nos permite vislumbrar dos grandes grupos o categorías de actos dañosos: de un lado, los que consisten en incumplir un pacto; de otro, los que se producen en el desarrollo de cualesquiera actividades humanas, pero al margen de toda relación jurídica previa entre dañador y víctima.”¹⁶* Tomando esta simple distinción *ajena a todo tecnicismo jurídico*, como señala el autor, es fácil entender que no todos los

extracontractual, dice que es perfectamente posible que incluso el ejercicio de un derecho legítimo cause un daño resarcible.

¹⁵ RODOTA, Stefano. “Modelos y Funciones de la Responsabilidad Civil.” Artículo publicado en Themis Nº 50. Revista de Derecho editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2005. Pág. 204.

¹⁶ DE ÁNGEL YAGUÉS, Ricardo. Op. Cit. Pág. 13.

supuestos en los cuales se ocasiona un daño provienen de una misma naturaleza de hechos, positivos o negativos, y por lo tanto, el tratamiento que se le debe dar a tales consecuencias, debe ser también estudiado de manera distinta.

Se explica la diferencia entre ambos tipos de responsabilidad, considerando que la responsabilidad contractual habrá de tener su origen en el incumplimiento de la obligación que previamente se dejó establecida en el marco de la relación obligacional, y la extracontractual es aquella responsabilidad subsiguiente al daño causado por una conducta humana que no guarda relación con ningún tipo de contacto social previo.¹⁷ En consecuencia, conviene detenernos un momento en las diferencias fundamentales entre ambos tipos de responsabilidades, así como sus particulares características, a efectos de poder luego establecer sus relaciones con la responsabilidad precontractual, que es materia central de nuestro estudio.

3.- Responsabilidad Contractual

Como es evidente, la responsabilidad contractual deviene de una obligación preconstituida, es un efecto propio de la obligación preexistente y se manifiesta ante el incumplimiento de la misma. El vínculo jurídico que une a las partes contratantes ha emanado del acuerdo de ambas voluntades, de una relación obligacional, por lo que el carácter volitivo de dicha relación hace surgir de

¹⁷ ESTEVILL, Luis Pascual. “Derecho de Daños”. Editorial Bosch. Barcelona 1995. T. I. Pág. 105.

manera espontánea, natural, la obligación de reparar el daño causado por la inejecución de las prestaciones a cargo de los contratantes. *“La culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas.”*¹⁸

En tal sentido, en palabras de José Luis de los Mozos, *“... tenemos que partir de la idea de que el quebrantamiento de la preexistente relación obligatoria imputable al deudor es la fuente o ratio de la responsabilidad contractual. En ese sentido, dice el maestro Castán: ‘como la obligación lleva consigo la ineludible necesidad de su cumplimiento, si el deudor no la cumple por causas que le sean imputables, el Derecho ha de procurar de un modo u otro su efectividad, su cumplimiento forzoso o anormal’ que, de no poderse alcanzar de otra manera, tiene lugar mediante la indemnización de daños y perjuicios.”*¹⁹ El criterio de equivalencia por el incumplimiento de la prestación original, es el sustento de la responsabilidad contractual. La expectativa trunca del acreedor debe ser resarcida, compensada, indemnizada.

Del mismo modo, Fernando de Trazegnies señala que *“La responsabilidad contractual cubre fundamentalmente dos supuestos de daño: el incumplimiento de la prestación contratada – o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (que es una forma de incumplimiento de la prestación) – y la mora (que es el incumplimiento de una obligación radicalmente vinculada a la prestación principal, constituida por el compromiso de ejecutar tal prestación principal en*

¹⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. Pág. 71.

¹⁹ DE LOS MOZOS, José Luis. “Responsabilidad Contractual.” En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006. Pág. 52.

un plazo igualmente contratado).”²⁰ Si bien es cierto el autor distingue dos casos de incumplimiento, en esencia lo que se busca al definir la responsabilidad contractual es proteger el legítimo interés del acreedor de ver satisfecha su expectativa. El *creditor* (el que presta fe) no puede quedar desamparado ante el quebrantamiento del programa obligacional.

Es evidente, pues, que el sustento de la responsabilidad contractual es la lesión al *id quod interest* del acreedor, es decir, a la pérdida sufrida o a la ganancia dejada de obtener debido al incumplimiento de la prestación a que se compromete el deudor, derivada de una relación obligatoria preconstituida. Explicando las razones que justifican la responsabilidad contractual en nuestro Código Civil, Gastón Fernández Cruz²¹ hace un análisis del alcance de los artículos de nuestro Código Civil referidos a la Inejecución de las Obligaciones (arts. 1314 al 1332), concluyendo en que el deber de responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones es siempre objetivo: “...se responde por que se debe. Se deja de responder cuando se aporta la prueba positiva del caso fortuito.” Y añade más adelante “Cabe entonces señalar el verdadero alcance del art. 1314º del C.C.: Cuando el deber accesorio de diligencia le implica necesariamente al deudor el despliegue de conductas de protección de la utilidad comprometida en el deber central, la prueba del empleo de la diligencia debida no significa otra cosa que una prueba de cumplimiento. Y esto es cierto, inclusive, en los casos en donde el deber de prestación recae en una utilidad

²⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual.” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1988. Pág. 420.

²¹ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias.” En la obra colectiva “Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova”. Freddy Escobar Rozas, Leysser L.

material, pues allí la conducta de prestación del deudor es meramente instrumental, significando que quien protege adecuadamente la utilidad que ha comprometido aportar, necesariamente termina aportándola al acreedor, pues el deber de diligencia se extiende hasta dicho aporte. Dicho en otras palabras, el deudor sólo cumple con su deber de diligencia vigilando que causas ajenas a él no le impidan cumplir, extendiéndose este deber de vigilancia hasta el instante mismo de cumplimiento.

Este es el resultado ineludible de considerar la obligación como un aporte de utilidad antes que una actividad voluntaria del deudor.”

De esta manera, el autor explica que en una relación obligacional, el deudor sólo será eximido de responder por el incumplimiento de la misma, si es que acredita que pese a haber demostrado diligencia en su accionar, diligencia que además involucra el deber de protección hacia la prestación, ha sobrevenido la imposibilidad objetiva de ejecución, evidentemente por causa no imputable a su conducta. Sólo así evitará responder por el incumplimiento.

Vemos entonces que el fundamento de la responsabilidad contractual está en la sujeción del deudor al programa obligacional, en el cumplimiento de reglas y condiciones establecidas de común acuerdo (o quizás reguladas supletoriamente en la ley) que deberá observar para satisfacer el interés del acreedor; en la necesaria adopción de todas las medidas posibles para garantizar y llevar a cabo la ejecución de la prestación en los términos queridos por el acreedor (no basta la simple diligencia, hay inherentes deberes de

León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez, Directores. Editora Jurídica Grijley. Lima 2004. Pág 583 y ss.

protección y previsión en el accionar del deudor). Así pues, la violación de dichos deberes, el incumplimiento de la prestación y, por lo tanto, la insatisfacción del interés del acreedor, es el sustento para la procuración de un resarcimiento a cargo del deudor. En definitiva, *“...el deber de indemnizar deriva de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido infringido.”*²²

4.- Responsabilidad extracontractual

En el otro extremo se sitúa la denominada responsabilidad extracontractual (responsabilidad aquiliana o, para algunos, responsabilidad civil propiamente dicha). Explicando el origen de la responsabilidad extracontractual, tenemos que la misma halla sus fuentes en la llamada *Lex Aquilia*²³ romana, descrita por Jorge Bustamante Alsina en los siguientes términos: *“Dentro de los delitos privados que sancionaba la Ley de las Doce Tablas se hallaban junto a la injuria y al robo (furtum) algunos otros que no entraban en la noción de injuria porque eran delitos contra los bienes y ésta constituía un ataque a la persona; pero tampoco entraban en la noción de furtum porque no comportaban propósito alguno de lucro en sus autores. Tales eran aquellos actos que se traducían en daños a los bienes ajenos.*

Para reprimir esos daños (damnum injuria datum) se dictó un plebiscito propuesto por el Tribuno Aquilius en fecha incierta pero que se hace remontar a

²² DE ÁNGEL YAGUES, Ricardo. Op. Cit. Pág. 13.

²³ Según lo descrito por Sandro Schipani: “El sistema romano de la responsabilidad extrae de la interpretación de la lex aquilia el principio según el cual “la culpa es punible” por los daños provocados injustamente al margen de una relación preexistente obligatoria, lo que constituye el principio general de la denominada responsabilidad extracontractual, llamada también, en virtud de ese origen, responsabilidad aquiliana.” En “El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad”. Artículo publicado en la obra colectiva “La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldemberg.” Directores Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 21.

*la época de las disensiones entre patricios y plebeyos (287 A.C.). Esta es la Ley Aquilia que instituía contra el autor de ciertos daños una acción única que era, en la época formularia, del doble en caso de desconocimiento o negativa, y que debía ejercerse por el procedimiento de la manus injectio en la época de las acciones de la ley. La acción establecida tenía por objeto el monto del perjuicio calculado sobre el más alto valor que la cosa destruida o deteriorada había tenido sea en el año, sea en el mes que había precedido al delito.”²⁴ De allí que la responsabilidad extracontractual sea también denominada *responsabilidad aquiliana*.*

Clásicamente la doctrina ha recogido la validez de la responsabilidad extracontractual, basándose en el universal principio del deber de no causar o infligir daño a otros. Se dice que la responsabilidad extracontractual “...responde a la idea de producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *neminem laedere*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás.”²⁵

Con respecto al principio del *neminem laedere*, Guido Alpa señala lo siguiente: “Se aprende de las máximas que tal principio tiene una finalidad fundamental: el precepto del *neminem laedere* no impone la obligación de proveer al incremento del patrimonio ajeno, sino sólo el de no pauperizarlo.

{...}

Se aprende además de las máximas examinadas que el principio del *neminem laedere* no implica, por si solo, un general e incondicionado deber de activarse,

²⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. Pág. 18.

a la protección de los derechos de terceros expuestos al peligro, subordinado a factores causales surgidos y desarrollados fuera de la esfera propia del sujeto a quien se imputa la omisión y, en consecuencia, a los fines de la responsabilidad por daños, no basta una genérica connotación de no calificada reprobación, sino se requiere la individualización precisa, a cargo de tal sujeto de una verdadera obligación jurídica para impedir el evento lamentado (argumento ex artículo 40, primer párrafo del Código Penal italiano), obligación que habría de confirmarse caso por caso. Ello podría derivar directamente de la norma, o bien, a partir de una situación específica por la cual el sujeto, llamado a responder de la lesión por no haberla impedido, sea requerido a cumplir una determinada actividad dirigida a la protección del interés lesionado.”²⁶

En efecto, decimos pues, siguiendo a De Cupis²⁷, que el daño que se verifica en la esfera patrimonial de una persona, puede ser producido también por un hecho humano distinto del incumplimiento de la obligación y entonces se denomina daño extracontractual. Dice este autor que “Se ha afirmado reiteradamente que el daño contractual deriva de la violación de una obligación específica preexistente, mientras que el daño extracontractual simplemente se deriva de la violación de la genérica obligación del *neminem laedere*. Así, se ha escrito que recae en el campo de la responsabilidad extracontractual cuando el contenido ilícito viola la norma general que prohíbe penetrar en la esfera jurídica de otro, o bien el deber genérico, frente a todos, del *neminem laedere*; el daño extracontractual no presupone la existencia de ningún vínculo especial,

²⁵ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. “Sistema de Derecho Civil”. Editorial Tecnos. Séptima Edición. Madrid 1995. Vol. II Pág. 591.

²⁶ ALPA, Guido. “Responsabilidad Civil y Daños. Lineamientos y cuestiones.” Traducción del italiano a cura de Juan Espinoza Espinoza. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2001. Pág.56.

*por lo que sólo producido el daño surge una relación jurídica entre responsable y perjudicado.”*²⁸

Es pues a todas luces evidente que el sustento fundamental de la responsabilidad extracontractual está en la verificación de un hecho dañoso en la esfera del perjudicado o, si se quiere *la víctima*, al margen de la secundaria consideración respecto a la ilicitud de dicho hecho. Todo daño es resarcible, aún el no patrimonial, en la medida en que sea resultado de un ataque a un interés que ante el Derecho deba juzgarse digno de protección. En otras palabras, todo daño derivado de un acto generador de responsabilidad civil extracontractual es de suyo indemnizable.

La regla general que se ha instaurado en los Códigos Civiles, es la de establecer la culpa como un factor de atribución determinante para que se genere responsabilidad por aquellos daños producidos fuera de una relación obligacional. Es innegable la influencia del Código de Napoleón en todos los posteriores que fueron viendo la luz, tanto en la Europa continental, como en nuestros códigos latinoamericanos. Por ello, consideramos necesario hacer un breve repaso de algunos de estos cuerpos legislativos, quizás los más representativos, para conocer los antecedentes de nuestra propia legislación.

²⁷ DE CUPIS, Adriano. Op. Cit. Pág. 136.

²⁸ Sin embargo, dicho autor establece una crítica al principio del *neminem laedere*, por cuanto indica que el mismo *“es un modo de espejismo que ha inducido a una visión ilusa y que continuará ilusionando a los juristas; que el deber genérico no es realmente más que la síntesis de todos los deberes específicos impuestos hacia los demás sujetos, por lo que es una fórmula vana en tanto no se determine cuál sea la esfera específica ajena que hay obligación de respetar.”* Ibid. Pág. 137. También puede verse la crítica a dicho principio contenida en *“El daño injusto en la responsabilidad civil.”* Miguel Federico de Lorenzo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 60.

El Código francés de 1804 establece en el art. 1382 que *“Cualquier hecho del hombre, que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por cuya culpa ha ocurrido”*. Analizando este artículo, Planiol y Ripert convienen en señalar que, *“Según la doctrina moderna, el cuasidelito es un hecho ilícito que, sin intención, causa un daño a tercera persona. Así entendido, el cuasidelito comprende todos los actos perjudiciales no intencionales por mínima que sea la culpa cometida, si comprometen la responsabilidad de sus autores; en efecto, la imprudencia más leve constituye un cuasidelito, resultando esto de las disposiciones de la ley (arts. 1382 y 1383). No era lo mismo antiguamente. Aunque las ideas no se habían detenido sobre este punto, existía una tendencia a reservar el nombre de cuasidelito a las culpas graves, que se equiparaban a los actos criminales.”* Y añaden más adelante *“En el lenguaje jurídico existe la costumbre de llamar culpa a lo que Pothier y el código llaman cuasidelito, es decir, al acto perjudicial no intencional, por oposición al delito, que supone la intención de causar un daño.”*²⁹ Evidentemente, se estableció en dicho artículo la relevancia del principio del *neminem laedere*, ya que resalta la amplitud de contenido y de supuestos que pueden dar lugar a la responsabilidad extracontractual, al no hacerse ninguna distinción específica acerca de los eventos dañosos: la norma dice *“cualquier hecho del hombre”*. Esto, a nuestro entender, constituye una ventana sumamente amplia por la cual pueden ingresar infinidad de supuestos de hechos que conlleven a la responsabilidad extracontractual³⁰. A partir de dicho enunciado, se van catalogando los distintos supuestos en los que cabe también la responsabilidad

²⁹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. “Derecho Civil.” Traducción de Leonel Pereznieta Castro. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México 1996. Pág. 772.

³⁰ En el mismo sentido se pronuncia Jorge Peirano Facio en “Responsabilidad Extracontractual”. Editorial Temis. Bogotá 1981. Pág. 128.

(por hechos ajenos, por hechos de los animales, por edificaciones ruinosas, etc.), pero es claro que todos los demás supuestos normativos asumen los mismos principios contenidos en el artículo 1382.

Siguiendo la misma posición Philippe le Tourneau ³¹ explica que los autores del Código Civil fundaron la responsabilidad civil en la culpa (faute). Dice el autor que, respecto a la culpa, *“El artículo 1382 contiene dicha palabra. Las palabras negligencia e imprudencia (art. 1383) se refieren también a culpas (menos graves). [...] Al implicar un análisis del comportamiento del individuo esta concepción de la responsabilidad es llamada subjetiva.”*

La responsabilidad subjetiva consagrada en el Code, dice Peirano Facio, *“... muestra que él recibió, en cuanto al tema que nos ocupa, los conceptos del derecho natural defendidos por Pothier y Domat. A este respecto debe tenerse en cuenta que si bien en el Código Napoleón el derecho romano tuvo una influencia prevalente, se trataba siempre de un derecho romano entendido en el sentido que le atribuían los jusnaturalistas, es decir, del derecho romano concebido como extrinsecación más perfecta del derecho de razón... La lectura de las disposiciones del Código napoleónico destinadas a considerar la obligaciones que se forman sin convención, y en particular las obligaciones que surgen de los delitos y cuasidelitos pone de relieve que en ellas se recogen los postulados de la escuela del derecho natural, aceptando la noción básica de la*

³¹ LE TOURNEAU, Philippe. “La responsabilidad.” Traducción del francés de Javier Tamayo Jaramillo. Legis Editores S.A. Bogotá 2004. Pág. 27.

responsabilidad por hecho ilícito que formulaba Domat, pero ampliándola en la redacción concreta de los términos con el lenguaje de Pothier.”³²

En ese sentido, hallamos los orígenes de la asignación de la culpa como elemento primordial para la existencia de responsabilidad, en la escuela jusnaturalista, “...para la que por sobre el Derecho positivo, es decir, el Derecho creado por los seres humanos mediante normas jurídicas que producen a través de las diversas fuentes del Derecho reconocidas, existe un Derecho superior (el Derecho natural), compuesto por un conjunto de valores que actúan como inspiración de sus contenidos y como guía de la actuación y decisiones de los agentes del Derecho.”³³ Según la razón natural de los jusnaturalistas, “donde hay una lesión jurídicamente relevante debe haber una reparación”, se establece en el productor del daño el deber de reparar, resarcir, indemnizar al agente que sufrió dicho daño.

Así pues, el Código Civil francés estableció los siguientes principios fundamentales sobre la responsabilidad extracontractual³⁴:

- a) Obligación general de responder por el daño causado a otro.
- b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa; no hay responsabilidad sin culpa.
- c) La culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia.

³² PEIRANO FACIO, Jorge. Op. Cit. Pág. 127.

³³ RUBIO CORREA, Marcial. “El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho.” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Octava Edición Lima 2002. Pág. 341. Otra definición que da José Puig Brutau de Derecho Natural es la siguiente: “En sentido amplio, por Derecho Natural se entiende un Derecho que existe con independencia de que se halle reconocido o declarado como tal por el poder

- d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones.
- e) Sin daño, no hay responsabilidad civil.
- f) La obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva, que consiste en reparar el daño causado.

Estos mismos principios fueron repitiéndose, con enunciados muy parecidos, en los códigos posteriores, los cuales siguieron el modelo francés. Mención aparte merece el parágrafo 823 del *Burgerliches Gesetzbuch* - Código Alemán (BGB) que señala lo siguiente *“Quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualesquiera otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por esto.*

La misma obligación incumbe a aquel que infringe una ley destinada a la protección de otro. Si según el contenido de la ley es también posible una infracción de ésta sin culpa, la obligación de indemnización sólo tiene lugar en el caso de culpa.”

En principio, vemos que en este Código la responsabilidad extracontractual nace de la violación de derechos de carácter absoluto, pero específicos. En tal sentido, debe hacerse una interpretación restrictiva en cuanto al daño sufrido, es decir, al derecho violentado, para corroborar si es materia de tutela por esta vía. En segundo lugar, es un requisito esencial que el hecho productor de daño sea antijurídico, cobrando este factor – la antijuridicidad – un rol fundamental

público. Sea el Derecho natural de Dios o el de la razón, es el que pretende tener validez absoluta” en “Introducción al Derecho Civil.” Editorial Bosch. Barcelona 1980. Pág. 32.

en el análisis de dicha figura. Este enunciado se complementa con lo establecido en el párrafo 826, que establece que *“Quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño.”*

Con respecto al BGB, Díez Picazo comenta lo siguiente: *“La forma en que el Derecho de daños quedó codificado en el BGB, responde indiscutiblemente a la tradición pandectista y a una inteligencia más adecuada de los textos romanos. No hay, fuera de los casos de lesiones de derechos absolutos, una responsabilidad general por culpa, sino sólo por dolo.”*³⁵

Por su parte, comentando el Título de los Actos Ilícitos, Enneccerus señala que *“Es contraria a derecho toda conducta humana que contradice al ordenamiento jurídico, o sea la que viola un mandato o una prohibición del derecho. Con frecuencia la conducta contraria a derecho contiene a la vez una vulneración de derechos subjetivos ajenos, pero esto no ocurre en todos los casos.*

- 1. La antijuridicidad puede ser subjetiva, consistiendo en un acto culposo contrario a derecho imputable a una falta de la voluntad del hombre, o bien el acto sólo es contrario a derecho desde el punto de vista objetivo, antijuridicidad no culposa. Hay que distinguir netamente la culpa y la antijuridicidad objetiva.*
- 2. El ordenamiento jurídico deriva diferentes consecuencias de derecho privado de la conducta culposa contraria a derecho. En muchos casos, la sola consecuencia es la modificación de la relación jurídica existente,*

³⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. Pág. 37.

especialmente ampliándose en desventaja del infractor del derecho, como por ejemplo, cuando el deudor incurre en mora o por su culpa se hace imposible la prestación (violación del crédito). En algunos casos caduca un derecho existente. Por último, es frecuente que la conducta culposa contraria a derecho produzca la consecuencia jurídica sustantiva de un deber de indemnizar a cargo del infractor del derecho; entonces a la conducta contraria a derecho la llamamos delito o acto ilícito. Hay que distinguir entre la violación del rédito (infracción de un vínculo jurídico especial) y el delito (infracción de una disposición general sobre la conducta). Esto tiene importancia especial en cuanto a la responsabilidad por los auxiliares (278, 831), en cuanto a la prescripción (852) y, muy grande, respecto a la carga de la prueba de la culpa (282, 285).”³⁶

Vemos pues que en esencia, el sistema de responsabilidad contenido en el Código Civil alemán está fundado en la tipicidad como rasgo distintivo. Empero, se puede apreciar también que, si bien se establece la protección de derechos absolutos, estos se constituyen en figuras lo suficientemente indeterminadas con el objeto de generar mediante la valoración de los jueces, un ámbito ciertamente permeable a nuevas exigencias. Incluso si complementamos lo indicado en el párrafo 823 con lo señalado en el párrafo 826 (“*violación de las buenas costumbres*”) se aprecia claramente que hay un estiramiento de la inicial o aparente rigidez en la calificación de los hechos sujetos a responsabilidad, con lo cual se le presentan a los jueces las herramientas

³⁵ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Derecho de Daños.” Editorial Civitas. Madrid 2000. Pág. 88.

³⁶ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, y WOLF, Martin. “Tratado de Derecho Civil.” Traducción de la 39ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer. Editorial Bosch. T. I Vol II. Pág. 433.

adecuadas para la sanción de nuevos ilícitos o de hechos dañosos. En consecuencia, siempre será el Juez quien tenga la facultad de interpretación de los supuestos materia de protección contenidos en las normas del Código Civil germano.

Otro cuerpo legislativo que ha influenciado nuestra propia regulación en materia resarcitoria (y en muchos otros temas jurídicos también), es el Código Civil Italiano de 1942. El Art. 2043 del Código Civil italiano, previene expresamente lo siguiente: *“Resarcimiento por hecho ilícito.- Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño.”* Vemos en este texto que se incluye dentro de su contenido al *daño injusto*, como elemento de la responsabilidad. Dicha precisión no estaba contenida en el Código italiano de 1865, que prácticamente fue una copia del Code francés, por lo que dicho enunciado se constituye en una novedad con respecto a la legislación previa.

Explicando los antecedentes de este artículo, Giovanna Visintini señala que *“En los trabajos preparativos del código civil italiano encontramos en claros documentos la explicación de ser de esta innovación legislativa. Se lee textualmente en la relación al rey N° 267: ‘Para que el hecho doloso y culposo sea fuente de responsabilidad deberá ocurrir que ellos produzcan un daño injusto. Se precisa así confiriendo mayor claridad a la norma del artículo 1151 del Código Civil italiano de 1865, que la culpa y la injuria son conceptos distintos, y entonces se exige que el hecho o la omisión, para ser fuente de responsabilidad, deberá ser doloso o culposo (...) y deberá además ser*

*cometido mediante la lesión de la ajena esfera jurídica.”*³⁷ Explica además la autora, que la inclusión del “daño injusto” como factor central de la responsabilidad, respondió a la jurisprudencia imperante en Francia, que venía sosteniendo que el elemento estructural del ilícito es la lesión de un interés legítimo o un interés jurídicamente protegido.

Así pues, el factor subjetivo se destaca como fundamento de la responsabilidad, siendo que la producción de un daño por hecho doloso o culposo del agente, deberá ser resarcido. Dice Trabucchi que *“No toda actividad ilícita constituye acto ilícito en sentido propio. Elemento constitutivo es, en efecto, no sólo el, obrar ilícitamente (contra ius: iniuria), sino obrar causando daño a otros; y el ordenamiento civil se preocupa justamente que este daño sea resarcido. Se observa claro al respecto, que el fundamental artículo 2043 repite una tradicional formulación: qualunque fatto...che cagiona ad altro un danno ingiusto... (Cualquier hecho... que ocasiona a los otros un daño injusto).”*³⁸ Más adelante el autor explica que lo que se desea a través de esta prevención es tutelar los intereses privados y se mira a la reintegración de un derecho singular lesionado (damnum iniuria datum). Por ello se dice que el orden jurídico tiene una doble necesidad: *“a) fijar un criterio que permita reconocer, en la normalidad de los casos, los términos del nexo de causalidad entre el evento dañoso y otras situaciones socialmente relevantes para la calificación del ‘daño injusto’ y b) de establecer un criterio idóneo para hacer prontamente identificables aquellos intereses que son los únicos que merecen*

³⁷ VISINTINI, Giovanna. “La Responsabilidad Civil Entre Presente y Futuro.” En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006. Pág. 38.

ser protegidos por el Derecho contra una lesión que haya de calificarse como un 'daño injusto'."³⁹

Estos breves comentarios del artículo 2043 del Código italiano, sirven para reforzar nuestra posición respecto a considerar el Daño como eje central de todo sistema de responsabilidad civil, argumentos sobre los cuales vamos a volver más adelante y que para efectos de nuestro tema de estudio, la responsabilidad precontractual, es de incuestionable importancia.

Conviene también referirnos brevemente a la forma en que se ha definido a la responsabilidad en España. El Art. 1902 del Código Civil español dice lo siguiente *"El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."* Comentando dicho artículo, Manuel Albaladejo señala lo siguiente: *"Se precisa, pues: 1º Un acto positivo o negativo, acción u omisión (1092, 1089, 1093) de la persona responsable. 2º Dañoso. Que el acto sea dañoso implica: A) Que haya daño de cualquier tipo: así, lesión de un derecho, de un interés legítimo, etc. B) Que tal daño sea consecuencia del acto (nexo causal entre uno y otro). 3º Objetivamente antijurídico, ilícito, es decir, que choque con una norma que proteja el bien dañado. 4º Culpable, en sentido amplio, es decir, atribuible o a culpa (negligencia), o a dolo del agente (o sea, imputable a este a título de culpa o dolo)."*⁴⁰ El autor incluye dentro de su análisis, tanto el requisito de la culpa, el cual está expresamente indicado en el artículo señalado, pero a la vez

³⁸ TRABUCCHI, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil." Traducción de Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1966. Pág. 217.

³⁹ BETTI, Emilio. "Teoría General de las Obligaciones." Traducción del italiano por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1969. Tomo I. Pág. 174.

considera un requisito de antijuridicidad del hecho que ocasiona el daño; sin embargo, este último no aparece en la norma como factor de atribución.

De manera complementaria, otros autores señalan que para que exista responsabilidad civil, será necesario que concurren los requisitos siguientes:

“1º Un comportamiento. El Código dice <acción u omisión> (art. 1902). Al examinar el comportamiento como punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil, será menester ver en qué medida debe ser considerado como una ‘falta’ o como un ‘acto ilícito’.

2º La acción u omisión debe haber producido un daño.

3º Existencia, además, de una relación o nexo causal entre el comportamiento y el daño.

4º Todavía cabe señalar que, junto a las tres exigencias legales apuntadas en los apartados anteriores, para que se produzca responsabilidad civil es preciso que exista un criterio que permita imputar dicha responsabilidad al demandado.

*El criterio normal de imputación es la culpabilidad, si bien la ley admite otros posibles criterios de imputación.”*⁴¹ En efecto, en materia de responsabilidad extracontractual, el Código español, abiertamente influenciado por el Code francés, no exige como presupuesto de responsabilidad civil, una conducta antijurídica, sino que simplemente señala que la acción productora del daño debe ser culposa o dañosa, reforzando el principio del *alterum non laedere* entendido como el deber de no lesionar un derecho ajeno jurídicamente protegido. Toda agresión a un interés legítimo es susceptible de originar un

⁴⁰ ALBALADEJO, Manuel. “Compendio de Derecho Civil.” Librería Bosch. Barcelona 1987. Pág. 286.

⁴¹ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. “Sistema de Derecho Civil.” Editorial Tecnos. Madrid 1995. Séptima edición. T. II. Pág. 598.

daño, siempre que haya mediado dolo o culpa del agente, según la normativa española.

Los códigos europeos mencionados, qué duda cabe, han constituido un referente obligado de consulta en nuestra propia experiencia legislativa. Muchas de las normas de los códigos italiano y español han sido copiadas, casi literalmente, en el nuestro. Sin embargo, cuando se hizo la mencionada transposición, en algunos casos no se tuvo en cuenta nuestra particular realidad socioeconómica ni cultural, omisión que determinó que algunas de las normas de nuestro código no tuvieran una adecuada sistematización. No es oportuno analizar este aspecto, pero consideramos conveniente hacer la salvedad al respecto, ya que veremos que en lo que respecta a nuestro tema central de estudio, la responsabilidad precontractual, el legislador no tuvo en cuenta la importancia que dicho tema sí adquirió en otras latitudes.

Dentro de la experiencia latinoamericana, consideramos oportuno dar una mirada a lo normado en el Código Civil argentino en materia de responsabilidad extracontractual, debido a la gran influencia que la doctrina y legislación de dicho país han ejercido sobre nuestra realidad jurídica. Tenemos que el Art. 1109 del Código Civil argentino señala lo siguiente: *“Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta disposición es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.”* Guillermo Borda, comentando el articulado del Código argentino, explica que *“En la época en que se redactó nuestro Código Civil, el fundamento de la responsabilidad era el*

hecho ilícito. Si no había dolo o culpa en el autor del hecho, no había responsabilidad. Era el principio dominante en el derecho comparado a lo largo del siglo XIX y principios del XX: *sans faute, pas de responsabilité.*”⁴² En efecto, originalmente el Código argentino contemplaba la responsabilidad subjetiva como única fuente de resarcimiento. Así lo señala Jorge Bustamante Alsina: *“Cuando Vélez Sársfield redactó nuestro Código Civil campeaba sin disputa la culpa como único fundamento de la responsabilidad civil. El eje sobre el cual gira nuestro sistema de responsabilidad extracontractual se halla en el art. 1109 que tiene su fuente en el art. 1383 del Código Francés. Sólo la culpa justifica la responsabilidad. Todo el que viola el deber genérico de no dañar implícito en la norma del art. 1109 es culpable, comete un acto ilícito y debe responder por el daño que ocasiona.”*⁴³ Y añade más adelante *“La reforma introducida al Código Civil en 1968 por la ley 17.711 incorporó ya al sistema de la responsabilidad civil, la llamada responsabilidad objetiva por riesgo creado en los daños causados por el riesgo o vicio de la cosas (art. 1113 en su agregado).”*⁴⁴ De acuerdo a lo señalado por los autores citados, la culpa es el factor atributivo de responsabilidad central dentro del sistema de responsabilidad civil, con notas referidas a la responsabilidad por actividades riesgosas.

Al criterio subjetivista, modernamente se le han sumado algunos casos de responsabilidad objetiva, los cuales están contenidos en el Art. 1113 que señala lo siguiente *“Artículo 1113.- La obligación del que ha causado un*

⁴² BORDA, Guillermo A. “Manual de Obligaciones.” Editorial Lexis Nexis – Abeledo Perrot. Buenos Aires 2003. Undécima edición actualizada. Pág. 427.

⁴³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. Pág. 51

⁴⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. Pág. 55

daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.”

Sin embargo, la doctrina argentina no es pacífica en aceptar los cambios en su legislación. Dice Jorge Joaquín Llambías, refiriéndose a la construcción subjetiva de la responsabilidad extracontractual, que *“Examinado el asunto desde el ángulo del buen orden social, aparece el postulado ‘no hay responsabilidad sin culpa’ como el gran escudo que ampara a los inocentes y les asegura que mientras efectivamente mantengan esta condición no serán pasibles de sanción alguna.*

[...]

*Por su parte, la ley 17.711 ha introducido una lamentable fisura en la coherente teoría de la responsabilidad civil elaborada por nuestro codificador. Nos referimos a la ahora imputada responsabilidad del dueño o guardián de una cosa por el daño causado por el riesgo de dicha cosa que funciona al margen de toda idea de culpa.”*⁴⁵ El autor critica la simplicidad del razonamiento que da lugar a la responsabilidad objetiva y defiende el hecho de que la ausencia

⁴⁵ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. “Manual de Derecho Civil. Obligaciones” Editorial Perrot. Buenos Aires 1993. Décima edición actualizada. Pág. 556.

de culpabilidad debería ser causa suficiente para eximir de responsabilidad, por eso califica de regresiva a la teoría objetiva.

Pero a decir de Guillermo Borda, *“La Teoría del riesgo no desplaza a la culpa, pero la completa con la noción más dinámica del riesgo creado. Esta reforma rompió el dique que implicaba la aplicación rigurosa de la teoría de la culpa y abrió un ancho campo para la modernización de nuestro derecho sobre la responsabilidad civil. El derecho clásico miraba este problema desde el ángulo del autor del hecho; hoy se lo mira más bien del lado de la víctima y se procura que todo daño injusto sea reparado.”*⁴⁶ Según el autor, la reforma legislativa contribuyó también a reforzar la función de los jueces, quienes introdujeron en muchos casos el deber de seguridad y la responsabilidad objetiva. En todo caso, este antecedente tan próximo a nuestro propio sistema jurídico, sirvió como un referente para la reelaboración de nuestro Código Civil de 1936.

Dentro de nuestro Código Civil, se regula la responsabilidad extracontractual dentro del Libro de las Fuentes de las Obligaciones (Sección Sexta), a partir del Art. 1969 hasta el 1988. El artículo 1969 dice lo siguiente: *“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.”* Fernando de Trazegnies, en su calidad de miembro de la Comisión que redactó el anteproyecto del Código Civil de 1984, fue el encargado de la redacción de la parte referida a la responsabilidad extracontractual. Según su propia descripción⁴⁷ de los

⁴⁶ BORDA, Guillermo A. Op. Cit. Pág. 428.

⁴⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual en la historia del Derecho Peruano.” Artículo publicado en Themis N° 50. Revista de Derecho editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2005. Pág. 207 y ss..

antecedentes que dieron lugar al texto final del Código, la intención original era establecer tres supuestos principales: la inclusión de la responsabilidad objetiva al lado de la subjetiva, entender la indemnización como una reparación del daño y no como un castigo contra la culpa del causante y proponer la distribución social de los accidentes.

Con respecto al primer objetivo, el autor señala que el legislador, al aprobar el texto final del Código, le dio un carácter netamente subjetivista, ya que el autor de un daño, aun en el supuesto del Art. 1970, sólo estará obligado a indemnizar si actuó con culpa o dolo, por lo que constata que no se tomaron en cuenta las teorías objetivistas que se propusieron en el anteproyecto. De igual forma, De Trazegnies considera que al haber incluido el Daño Moral y el Daño a la Persona como supuestos de resarcimiento, se estableció un sistema de indemnizaciones que responderían al principio de venganza o de punición civil, antes que a la reparación del daño, por lo que el segundo objetivo de la propuesta inicial tampoco habría sido aceptada plenamente. Y en cuanto a la propuesta de una distribución social del daño, que estaría evidenciada a través del establecimiento de seguros obligatorios, señala que fundamentalmente debido a la oposición que presentaron las compañías de seguros, en el texto final del Código sólo se incluyó un artículo, el 1988 (inútil, según el autor), que establece que mediante ley especial se determinarán los sujetos obligados a contraer un seguro, y los daños que deban ser objeto de resarcimiento en virtud del mismo. Todo ello, según el Dr. De Trazegnies, da pie a que la jurisprudencia nacional sigan utilizando el principio de la culpa con la carga de

la prueba invertida, para efecto de establecer indemnizaciones por daños injustamente producidos.

Es importante conocer de primera fuente los antecedentes de este tema y De Trazegnies ofrece una visión bastante clara de ello.

En cuanto al precepto contenido en el Art. 1969 del Código, tenemos que en él se establece *“...una cláusula normativa general, o sea un enunciado cuyo contenido tiene que ser establecido por los intérpretes;”*⁴⁸ En efecto, de acuerdo a lo señalado en el primer párrafo de dicha norma, no existe una relación cerrada de hechos que dan lugar a la responsabilidad extracontractual (como aparentemente se hace en el BGB alemán), sino que se deja abierta la posibilidad para que sean los Jueces los que puedan descubrir cuales serán los supuestos de hecho que deban dar lugar a reparaciones indemnizatorias. Tendremos que confiar pues en la facultad discrecional de nuestros – a veces irreflexivos – jueces, no sólo para la calificación del hecho, sino también para la determinación de los montos indemnizatorios.

Por otra parte, el segundo párrafo del Art. 1969 ha generado más críticas que alabanzas, ya que al establecer la inversión de la carga de la prueba, a efectos de determinar la inexistencia del dolo en el accionar del agente, genera ciertos problemas: *“Queda evidentemente en claro que la inversión de la carga de la prueba no puede comprender el caso de dolo, porque el dolo no se presume*

⁴⁸ LEON HILARIO, Leysser L. “La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y perspectivas.” Jurista Editores. Segunda Edición Lima 2007. Pág. 99.

nunca.”⁴⁹ Efectivamente, a fin de atribuir una conducta dolosa, es necesario que se demuestre la misma, pero eso deberá correr a cargo, entendemos, de la víctima del daño, ya que si no se demuestra el dolo, en todo caso se entenderá que el agente actuó de manera culposa.⁵⁰

Vemos también que nuestro Código ha adoptado ciertos casos de responsabilidad extracontractual objetiva a partir del Art. 1970, tales como la del empleador, la responsabilidad del incapaz en ciertas condiciones, etc. Por ello, Fernando de Trazegnies señala que *“A pesar del acento subjetivista de la versión finalmente aprobada, parece que al haberse acogido la idea – central dentro de una posición moderna – de que el acto ilícito no es la única fuente extracontractual de la obligación de pagar una indemnización para reparar a la víctima. Como veremos mas adelante, este paradójico abandono de la ilicitud como fuente única de obligación indemnizatoria por un legislador eminentemente subjetivista se debió con toda probabilidad al hecho de que el nuevo legislador reconoció cuando menos el principio objetivo de responsabilidad para el caso de los daños causados mediante bienes o actividades riesgosas (art. 1970); por consiguiente, la Sección ya no trata de*

⁴⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual.” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1988. Pág. 152. En el mismo sentido Leysser. L. León. Op. Cit. Pág. 102.

⁵⁰ En el proyecto de Reforma del Código Civil publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de abril de 2006, se ha propuesto una nueva redacción del Artículo 1969, el cual quedaría de la siguiente manera: *“Artículo 1969.- Responsabilidad subjetiva. Presunción. Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de culpa corresponde a su autor.”* Si bien en esta propuesta se elimina la presunción del dolo, Mario Castillo Freyre no considera urgente ni necesaria la modificación, haciendo la salvedad que él también sostiene que el dolo no se presume, por cuanto explica que *“Nuestra posición no se funda en un mero capricho, sino en la convicción de que la modificación propuesta tendría, al menos en nuestro actual sistema de responsabilidad civil, consecuencias nimias.”* El autor señala que no es necesaria la modificación por cuanto no hay diferencia respecto a si se actúa con dolo o culpa ya que señala que el Derecho Civil no se agota en el texto de sus normas, sino que los jueces deben buscar la adecuada interpretación de las mismas; asimismo indica que dicha distinción no influye en cuanto al *quantum* indemnizatorio. En “Por que no se debe reformar el Código Civil.” Palestra Editores. Lima 2007 Pág. 461 – 465.

actos ilícitos sino también de actos lícitos pero que, debido a su peligrosidad, convierten objetivamente al causante en responsable aunque no hubiera hecho nada ilícito ni culpable.”⁵¹

Es, pues, evidente el carácter subjetivista de nuestro propio Código, al momento de la calificación de la responsabilidad extracontractual, pese a las notas de responsabilidad por actividades riesgosas que ya se ha mencionado. En nuestra opinión personal, debería observarse a la responsabilidad extracontractual desde la perspectiva de la víctima y del deber de ser resarcida al sufrir un daño injusto. Sobre este aspecto volveremos más adelante.

Pues bien, luego de este breve repaso de algunos Códigos Civiles que son representativos e influyentes dentro del sistema del *civil law*, podemos extraer como conclusión que la tendencia subjetivista no ha dejado de tener vigencia desde la aparición del Code francés. Si bien en dicho cuerpo normativo se sentaron las bases de la responsabilidad subjetiva, los posteriores Códigos han ido desarrollando nuevos componentes, como el “daño injusto”, y otros criterios de responsabilidad, como el objetivo. La evolución se explica por cuanto en sus inicios, las relaciones sociales se basaban en la práctica de actividades agrícolas o artesanales, situación que evidentemente generaban una identificación mucho más rápida y directa de los agentes dañadores. Sin embargo, el desarrollo de la tecnología, la industrialización y la aparición de nuevas actividades económicas, dieron lugar a las nuevas propuestas en materia de responsabilidad, por lo que es correcto decir que mientras sea

⁵¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. Pág. 118. Así, el autor explica que el cambio de la denominación que se adoptó en el Código Civil de 1936, “Del acto ilícito”, por la que quedó en el

posible que el ser humano evolucione, también evolucionarán los conceptos referidos a la responsabilidad civil, ya que ésta está destinada a adaptarse a todos los cambios sociales y a reconfigurarse según el hombre vaya adquiriendo nuevas habilidades o incursionado en otras tantas actividades.

5.- Diferencias entre ambos tipos de responsabilidad

Luego de haber hecho un repaso de ambos tipos de responsabilidad, consideramos que la distinción entre una y otra, atendiendo al diferente origen y características especiales de cada una de ellas, es claro. No obstante ello, existe una corriente unificadora que propugna reunir en una sola la Responsabilidad Civil ⁵². Sobre esto podemos señalar que, según explica De los Mozos, esta pretendida unificación de la falta contractual con la falta delictual, es de origen francés: *“Esto tiene lugar, por primera vez, en Marcel Planiol, con lo que el concepto de ‘responsabilidad contractual’ se pone seriamente en peligro, según refiere brillantemente Ph. Rémy. El gran Planiol, heredero del optimismo ilustrado y máximo representante, en su época, de la escuela científica, es, como todo positivista (aunque en su caso resulta ser más un positivista de la lógica que de los textos legales) un gran simplificador, todo el mundo recordará su doctrina de las fuentes de la obligaciones que el reduce a dos: el contrato y la ley; por el lo mismo, en este caso, defenderá la ‘unidad*

vigente, “Responsabilidad Extracontractual”, fue el más acertado.

⁵² De dicha opinión, entre otros, es Juan Espinoza Espinoza: “Derecho de Responsabilidad Civil” Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2002. Pág. 28. Así también por Lizardo Taboada Córdova en “Elementos de la Responsabilidad Civil”. Editorial Grijley Lima 2001. Pág. 25. De igual modo Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana en “Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad” publicada en la obra colectiva “Derecho de Daños y otros Estudios.” Dirección a cargo de Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana. Editora La Ley. Buenos Aires 1992. Pág. 33. También lo admite Roberto H. Brebbia en “Responsabilidad Precontractual.” Ediciones La Roca. Buenos Aires 1987. Pág. 35.

*de la falta'. Todo ello ocurre en un momento entre 1880 y 1900, en que, en primer lugar, muchos dicen que hay que ir 'au-dela du code', cuando, por otra parte, la preparación y promulgación del BGB hace pensar en una renovación de la 'ciencia jurídica' more germanico, aunque muy poco aporta en este tema, como veremos mas adelante, y en segundo lugar, los accidentes industriales, y el surgimiento de la 'cuestión social' antes que los accidentes de la circulación, van a contribuir de manera decisiva para que se resquebrajen los principios clásicos de la responsabilidad civil. Por eso dirá que 'la diferencia que se pretende establecer entre las dos especies de falta carece enteramente de base, no es más que una ilusión resultante de un examen superficial: una y otra falta crean igualmente una obligación, la de reparar con una indemnización el daño causado: la una y la otra consisten igualmente en un hecho que es la violación de esta obligación'*⁵³

Por su parte, Peirano Facio señala que, de acuerdo a los seguidores de la doctrina unificadora de la responsabilidad *"La doctrina monista afirma que un estudio detenido de los textos legales, por un lado, y por otro, la consideración de los puros conceptos jurídicos, muestran que la responsabilidad contractual no se puede considerar distinta de la responsabilidad extracontractual: la responsabilidad que la tesis clásica llamaba contractual es, por su propia naturaleza, responsabilidad de carácter delictual."*⁵⁴ Este autor señala más bien, que dicha tesis fue inicialmente propuesta por Lefreve, el cual sostenía que, criticando la teoría dualista de Sainctelette, la distinción de las dos responsabilidades no se puede fundar en la existencia de dos culpas distintas,

⁵³ DE LOS MOZOS, José Luis. "Responsabilidad Contractual." Op. Cit. Pág. 54.

⁵⁴ PEIRANO FACIO, Jorge. Op. Cit. Pág. 60.

ya que, según proponía, no existe más que una sola culpa de naturaleza delictual.

Principalmente, las razones que argumentan los autores que están a favor de la tesis monista o unificadora de la responsabilidad civil, se sustentan en que, tanto si se trata de la responsabilidad contractual u obligacional, como de la llamada responsabilidad extracontractual o aquiliana, siempre será necesaria la concurrencia de elementos comunes: la antijuridicidad del hecho⁵⁵, el daño, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y el factor de atribución de responsabilidad.

En efecto, según esta corriente, ya sea que se haya generado un incumplimiento contractual, o que se haya violentado un derecho sin haber previamente estado obligadas las partes involucradas, se dice que siempre el daño se genera por efecto de la *conducta antijurídica* del productor del daño. En el caso del incumplimiento contractual, el no cumplir con una obligación previamente pactada origina que se actúe contrario a derecho, lo cual justifica la razón de calificar dicho incumplimiento (o la conducta del incumplidor) como antijurídica: la transgresión del deber de cumplir con ejecutar la prestación convenida genera la antijuridicidad. Y evidentemente, en el caso de los daños ocasionados entre no contratantes, la conducta del causante del daño será antijurídica puesto que lesiona el derecho de una persona, el cual está protegido por el ordenamiento legal vigente: en este caso se incumple un deber

⁵⁵ Aunque algunos autores consideran que es posible que el hecho productor del daño no sea necesariamente antijurídico (Alterini, Ámela, López, Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2004. Pág. 151) este es un elemento que se encuentra generalizado, por ello lo consideramos dentro de los comunes a ambos tipos de responsabilidad.

genérico, que es el de no dañar. La antijuridicidad, entonces, puede generarse por acción o, eventualmente, por omisión.

Respecto al criterio de antijuridicidad, conviene detenernos un momento en analizar su contenido. Se dice que *“Es un lugar común en la doctrina señalar la doble reprobación jurídica de que es susceptible el acto contrario a derecho, una producida en el plano jurídico formal, la otra en el material:*

- a) *El acto es formalmente antijurídico (Normwidrigkeit) en tanto que es transgresión de una norma jurídica, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico.*

Como señala Jescheck, ‘las normas jurídicas no son puros mandatos coactivos, sino exigencias ajustadas al orden de la comunidad, que por su sentido racional apelan a la comprensión de los sujetos de derechos y reclaman consecuentemente obediencia cívica.’

De esta forma el artículo 1092 CC -(del C.C. español)- como norma que contiene una prohibición, veda un comportamiento contrario al valor que tutela: no dañar; e implícitamente contiene un mandato: respetar la integridad de los derechos e intereses ajenos jurídicamente protegidos.

- b) *El acto es materialmente antijurídico (Rechtwidrigkeit) en tanto que produzca menoscabo en los derechos o intereses ajenos jurídicamente protegidos –derechos subjetivos, intereses legítimos e incluso expectativas ciertas y legítimas-. Por tanto, la antijuridicidad no se agota en la relación entre la acción y la norma, sino que posee también importancia por su contenida.*

[...}

Como fácilmente puede apreciarse, ambos aspectos de la antijuridicidad – formal y material- son inseparables en el ámbito de la responsabilidad civil, puesto que la mera transgresión de una norma jurídica no es jurídicamente relevante, si no lesiona efectivamente, a su vez, el interés por ella tutelado – interés jurídicamente protegido-. De la misma manera, tampoco puede estimarse antijurídica la lesión a un interés no tutelado por ninguna norma. Es así como podemos afirmar, con Carbonell Mateu, que ‘la esencia de la contrariedad al Derecho radica en el quebrantamiento de un interés jurídico’; o, en términos propios de la Dogmática Penal, ‘en la ofensa a un bien jurídico protegido por las normas que se infringe con la acción.’⁵⁶ La posición del autor es muy interesante, sin embargo, ya hemos sentado nuestra opinión con respecto a que el fundamento central de la responsabilidad, no descansa necesariamente en el hecho antijurídico, sino en el daño mismo, ya que habrá ocasiones en las que el daño se presente, pese a la licitud de la conducta del agente.

Sin embargo, es oportuno precisar que “en determinados supuestos, pese a haberse producido un daño como consecuencia de un comportamiento humano culpable, no surge para el agente la obligación de resarcir el daño causado, puesto que no concurre el presupuesto objetivo de la antijuridicidad. La violación de un derecho subjetivo de otro o de una norma destinada a proteger intereses ajenos constituye, en principio, un hecho ilícito o antijurídico; sin embargo, esta violación puede estar cubierta mediante la concurrencia de alguna causa de exclusión de la antijuridicidad idónea para eliminar la aparente

⁵⁶ BUSTO LAGO, José Manuel. “La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual.” Editorial Tecnos. Madrid 1998. Pág.51.

*antijuridicidad del evento dañoso.”*⁵⁷ Esta es una de las razones que nos empujan a no considerar la antijuridicidad del acto como un elemento preponderante dentro del sistema de responsabilidad civil; más bien, nuestra atención se centra en el daño mismo, como elemento justificativo para desplazar el costo del mismo de la víctima hacia el agente dañador.

En líneas generales, la regla que se aplica es que, todo acto que produce un daño, sea éste derivado de obligaciones contractuales o de responsabilidades genéricas, debe ser resarcido y el agente productor del mismo está obligado a asumir dicha responsabilidad (al menos a dicha simplificación llegan los defensores de la tesis unitaria de la responsabilidad civil). Sin embargo es conveniente tener presente que esta regla tiene sus excepciones; no necesariamente la responsabilidad por un hecho dañoso deberá recaer en el que lo produjo. *“Ciertas circunstancias justifican una conducta que, de no haber mediado ellas, sería ilícita. Se trata de las denominadas causas de justificación que, por consiguiente, excluyen la ilicitud de la conducta en el caso dado.”*⁵⁸

Pero es evidente que ambos tipos de responsabilidad tienen notables diferencias entre sí, las que la doctrina ha sabido catalogar y analizar repetidamente. A fin de resumir aquellos rasgos distintivos, consideramos que los siguientes son aspectos más que suficientes para poder justificar de

⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 252

⁵⁸ ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar, LOPEZ CABANA, Roberto. “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales.” Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2003. Pág. 163. Por otro lado, en nuestro Código Civil, el Art. 1971 establece los casos de ausencia de responsabilidad.

manera meridiana, el tratamiento diferenciado que debe hacerse de ellas⁵⁹.

Veamos cuales son estos rasgos diferenciadores:

- a) En cuanto al resarcimiento: una diferencia sustancial entre ambos tipos de responsabilidad lo constituye la extensión del resarcimiento que deberá ser asumido por el responsable del daño. Al hablarse de responsabilidad contractual, se debe responder por aquellos daños que sean consecuencia de la falta de cumplimiento de la obligación, es decir el daño emergente, el lucro cesante y, eventualmente, el daño moral, que se hayan generado por la inejecución de las obligaciones. Por su parte, en la responsabilidad extracontractual, el monto del resarcimiento debe extenderse a todos los efectos generados a raíz de la aparición del daño, no sólo los que sean consecuencia inmediata, sino también los que sean consecuencia mediata del acto ejecutado. Se incluye en este caso también, según nuestro Código (Art. 1985) el daño a la persona. *“El CC peruano en materia de responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) regula la teoría de la causa adecuada (artículo 1985) y en incumplimiento de las obligaciones se asume la teoría de la causa próxima (segundo párrafo del artículo 1321).”*⁶⁰
- b) En cuanto a la constitución en mora: respecto a este rasgo distintivo, no hay lugar a discusión acerca del momento en que surgen los efectos derivados de la mora. En la responsabilidad contractual, es necesaria la intimación en mora por parte del acreedor para que se active la misma,

⁵⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. Pág. 73.

salvo acuerdo de *mora automática* o que de la naturaleza de la obligación se haga innecesario un requerimiento expreso (Art. 1333). Sin embargo, esos dos supuestos excepcionales parten necesariamente de los acuerdos previos de las partes, ya sea que se hayan tomado las previsiones diligentes del caso o que el contenido de las prestaciones convencionalmente pactadas así lo determine. Sin embargo, al hablar de responsabilidad extracontractual, es evidente que ante la falta de tratativas previas, la mora debe generarse de pleno derecho, desde el momento mismo en que se produce el daño. Un principio de justicia determina el nacimiento de la obligación de responder ante este tipo de responsabilidad.

- c) En cuanto a los plazos de prescripción de la acción: con relación a este aspecto diferenciador, también en la legislación comparada se da un tratamiento distinto a los plazos prescriptorios fijados para la interposición de las acciones de responsabilidad, considerando la distinta naturaleza de ambas figuras. Se fija el plazo prescriptorio de la acción por responsabilidad contractual, de manera más favorable que para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual. Así tenemos que en nuestra legislación, el Art. 2001 fija los plazos prescriptorios para ambas acciones, estableciéndose el referido a la contractual en diez años (inc. 1) y el de la extracontractual en dos años (inc. 4). *“Como quiera que sea, el plazo difiere legítimamente en los dos tipos de responsabilidad por la necesidad de un temprano ofrecimiento*

⁶⁰ MORALES HERVIAS, Rómulo. “Estudios sobre Teoría General del Contrato.” Editora Jurídica Grijley. Lima 2006. Pág. 658.

de las pruebas necesarias para la determinación judicial de los supuestos que hacen viable el resarcimiento extracontractual. Tal urgencia no se presenta en el resarcimiento debido por incumplimiento, que protege el derecho de una prestación regulada y programada en el negocio jurídico que le dio origen. Hay, en dicho caso, y en virtud de la ley, una ‘perpetuación’ de la relación obligatoria (perpetuatio obligationis), bajo la especie del resarcimiento, que está previsto para amparar la posición del acreedor.”⁶¹

- d) En cuanto a la capacidad del agente del daño: existe también un tratamiento diferenciado en cuanto a las personas sujetas a responsabilidad, dependiendo de su capacidad. Según el Art. 1975 de nuestro Código, la persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño cometido por responsabilidad extracontractual, siempre que haya actuado con discernimiento. La capacidad de ejercicio se adquiere, según el Art. 42, al cumplir los 18 años o, excepcionalmente, por las circunstancias señaladas en el Art. 46, a partir de los 16 años. A este precepto hay que añadir lo estipulado en el Art. 458 que establece que el menor capaz de discernimiento responde por los daños ocasionados por sus actos ilícitos. Evidentemente, la responsabilidad se extiende incluso a los menores de 16 años, la cual es solidaria con el representante legal del incapaz de ejercicio; pero si se actuó sin discernimiento, responde el representante legal. En cuanto a la responsabilidad contractual, sabemos que sólo pueden ser sujetos de

⁶¹ LEON HILARIO, Leysser L. “La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y perspectivas.” Jurista Editores. Segunda Edición Lima 2007. Pág. 68.

obligaciones lo que tengan capacidad de ejercicio, es decir como máximo se aplica a partir de aquellos casos excepcionales contenidos en el Art. 46, a partir de los 16 años de edad.

- e) En cuanto a la graduación de la culpa: respecto a este factor de atribución de responsabilidad, se trata también de manera diferenciada las indemnizaciones que se fijan, atendiendo a la presencia de la culpa y al tipo de la misma en ambos supuestos de responsabilidad. Así tenemos que para los casos de responsabilidad contractual, la norma peruana establece que se debe responder por incumplimiento de las obligaciones debidas a culpa inexcusable o leve (en este último caso, el monto del resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo de contraerse la obligación, según el último párrafo del Art. 1321), existiendo incluso la presunción de la Culpa Leve del deudor. Asimismo, cabría el pacto de exclusión de responsabilidad por culpa leve (de acuerdo a lo que se desprende de la interpretación del Art. 1328º), o en todo caso, dependiendo del tipo de la prestación, sólo se respondería por culpa inexcusable (en el caso de la responsabilidad por prestación de servicios profesionales contenida en el Art. 1762). Y en cuanto a la responsabilidad extracontractual, no existe ninguna distinción respecto al grado de culpa del agente, para que tenga la obligación de responder por los daños. El que genera un daño por culpa o dolo, debe indemnizar al que ha sufrido dicho perjuicio.

- f) En cuanto a otros factores de atribución de responsabilidad: se dice fundamentalmente que en la responsabilidad contractual, el factor de atribución es esencialmente subjetivo y consiste en la imputabilidad por culpa o dolo del deudor en la inejecución del contrato (tal vez el deber de seguridad en los contratos de transporte constituyan la única excepción a esta regla de responsabilidad contractual). Por su parte, en la responsabilidad extracontractual, existen además de la culpa, otros factores que dan lugar a la misma, ya que hablamos de responsabilidad objetiva (*“Cuando la atribución de la consecuencia del hecho dañoso no está referida a la culpa, o sea no es imputable moralmente al sujeto autor del hecho, el factor de responsabilidad es objetivo por prescindir de la persona. La aplicación de los factores objetivos al contrario de lo que ocurre con la culpa, debe ser expresamente prevista en la ley, dado su carácter excepcional en el sistema de responsabilidad civil.”*⁶², entre ellos tenemos la responsabilidad por riesgo, de garantía, de equidad, etc.), por lo que la culpa no es el único factor a considerar y, por lo tanto, la responsabilidad subjetiva en muchos casos da paso a otro tipo de factores que han de ser tomados en cuenta para justificar el traslado del costo del daño de la víctima hacia el agente dañador.
- g) En cuanto a los derechos tutelados: respecto a aquellos intereses que son materia de protección a través de los sistemas de responsabilidad, podemos establecer también diferencias notorias entre ambos. En efecto, en cuanto a la responsabilidad contractual *“cuando se presenta*

⁶² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. Pág. 327.

*incumplimiento, el acreedor dispone de una pretensión que sólo puede oponer, en tanto derecho a la prestación, al deudor. Distintamente, las situaciones jurídicas subjetivas, por cuya integridad vela el ordenamiento, y cuya infracción activa la tutela resarcitoria de la responsabilidad extracontractual, son oponibles a todos.”*⁶³

Evidentemente, este es un aspecto que no admite ninguna observación, ya que existe una diferencia sustancial respecto a aquellos derechos lesionados que pueden ser materia de tutela resarcitoria, dependiendo de la vinculación o la ausencia de ella, que hayan tenido las partes.

Como vemos, existen múltiples razones para compartir los criterios del sistema dualista de la responsabilidad. De esta forma, tomamos posición por las teorías que señalan que ambos tipos de responsabilidad deben ser tratadas, estudiadas, legisladas y aplicadas de manera diferente, ya que es evidente que existen fundados argumentos para que ello suceda. Razones que obedecen no sólo a la forma de la generación de las obligaciones (contractual o extracontractual) sino a la diferente naturaleza jurídica de cada una de ellas. Creemos pues que los rasgos característicos que distinguen ambas figuras, justifican plenamente su tratamiento diferenciado.

Esta distinción de ambos tipos de responsabilidad y los fundamentos que nos sirven para justificar dicho distingo, son sumamente importantes para efectos de nuestro propio estudio. Habíamos señalado anteriormente que, a fin de poder analizar el tema de la responsabilidad precontractual, era necesario

⁶³ LEON HILARIO, Leysser L. Op. Cit. Pág. 70.

hacer un repaso de la teoría general de la responsabilidad civil, puesto que vamos a ver que de acuerdo a los diferentes rasgos de cada una de ellas, podremos catalogar el tipo de responsabilidad aplicable a esta figura. Asimismo, gracias al análisis (breve pero conciso) efectuado del concepto de responsabilidad y de haber demostrado que el daño es el fundamento central de la misma, dejando en un plano secundario la antijuridicidad del hecho, podremos establecer cuales son las consecuencias que se derivan de la responsabilidad por los perjuicios generados en la etapa precontractual.

6.- Primeros estudios de responsabilidad precontractual

Dentro del extenso tema de la responsabilidad civil, nos proponemos analizar un campo aún gris, que es aquel que surge de los daños que se producen por actos realizados u omisiones verificadas antes de la celebración del contrato, es decir, antes del perfeccionamiento del acuerdo de voluntades. Se trata de determinar si es correcto solicitar una indemnización, al margen de la extensión de la misma, que también será motivo de estudio, por hechos anteriores a la celebración de un acuerdo y cual es la responsabilidad que alcanza, si es que la hay, a la parte que ocasiona el daño.

Uno de estos hechos, quizás el más conocido y con el cual equivocadamente se tiende a pensar que se agota el tema de la responsabilidad precontractual, es la ruptura injustificada de las tratativas preliminares por una de las partes, *“cuando no se llega a la perfección del convenio por haberse retirado de las*

*tratativas alguno de los negociadores y el otro ha sufrido un perjuicio con motivo de la ruptura...”*⁶⁴

El otro caso que se entiende da lugar a responsabilidad, es cuando habiéndose celebrado el contrato, éste se invalida debido a un hecho presente en la etapa previa a la celebración del mismo, atribuible a alguna de las partes, del cual el agente generador de la causal de invalidez tuvo conocimiento antes del perfeccionamiento del acuerdo.

A partir de los enunciados anteriores, se generan una serie de supuestos que se encuadran dentro de este campo gris de la responsabilidad. Se entiende por gris el hecho de que, pese a que el estudio de estos temas ha sido ampliamente tratado en la doctrina contemporánea, no existe uniformidad de criterios al momento de clasificar este especial tipo de responsabilidad dentro de la contractual o la extracontractual, ni tampoco acerca de los aspectos accesorios que engloba (la culpa, el daño resarcible, etc.). Hay argumentos encontrados y disquisiciones amplias a favor de una u otra postura, sin embargo, la discusión permanece.

Imaginemos las siguientes situaciones:

- a) Los representantes de distintas empresas han acordado reunirse, y efectivamente lo hacen, para negociar la venta de las acciones de una de ellas a favor de la otra. Se hacen las ofertas y contraofertas respectivas, se realizan las consultas del caso, se sugieren incluso algunas reglas y, sin

⁶⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. Pág. 79.

embargo, la operación no se llega a concretar, pese a todo el tiempo y algunos gastos invertidos (los normales, si se quiere), por cuanto a una de la partes no le satisface del todo las condiciones que se han planteado.

- b) Los Directivos de una empresa entran en negociaciones con uno de sus empleados, en relación con el posible traslado de éste a una de sus oficinas en otro país. Apareciendo que el traslado es inminente pues las tratativas entre los Directivos y el empleado llegaron a un punto tal que alienta a éste a realizar inversiones, disposiciones de patrimonio, venta de bienes y otros gastos, sin embargo, el traslado se frustra por decisión unilateral de la empresa.
- c) El apoderado del propietario de un bien inmueble celebra un contrato de compraventa y, en virtud de las facultades otorgadas en el poder que ostenta dicho apoderado, los compradores cancelan el precio pactado; sin embargo, cuando se efectuó la transacción comercial, el poderdante ya había fallecido, lo cual invalidaba el poder que ostentaba el vendedor, quien estaba al tanto del fallecimiento de su mandante.
- d) En la venta de un automóvil, el vendedor, experto en dicho rubro, no informa al comprador que el vehículo materia de la transferencia corresponde a un lote que presenta desperfectos de fábrica que van a determinar la aparición en un breve plazo de tiempo, de fallas mecánicas que demandaran ciertas inversiones en su reparación.

e) De acuerdo a tratativas verbales y compromisos de palabra asumidos entre un artista y un empresario, se genera la certeza de la presentación del primero en determinada fecha y lugar, lo cual motiva que el segundo invierta fuertes sumas de dinero en avisos publicitarios, alquileres de escenarios y equipos y venta anticipada de entradas para el espectáculo; sin embargo, llegada la fecha del evento el artista se retracta y rehúsa presentarse, aludiendo que al no haberse firmado ningún documento no le puede ser exigible la presentación.

En los casos detallados, que son sólo un grupo reducido de ejemplos y que evidentemente no agotan la casuística, vemos que existe un elemento común, que es el de haberse llevado a cabo determinados actos que hicieron confiar, por lo menos a una de las partes, en que el negocio propuesto llegaría a buen fin o que éste era válido. Sin embargo, si analizamos detenidamente los ejemplos propuestos, veremos que, ante situaciones que nos aparecen como similares, no siempre se originarán las mismas consecuencias.

En efecto, debemos ver no solamente el resultado final – la frustración en la celebración del negocio o la anulación del negocio posterior – sino que debemos determinar cuales han sido las causas de la no celebración del negocio o de su invalidez y si estas han sido debidas exclusivamente a hechos ilícitos de una de las partes, para comprobar si existe alguna carga que ésta deba soportar.

Además de identificar la causa de la frustración del negocio o su invalidez, también será necesario establecer la magnitud del daño causado a la parte afectada, si es que existe tal daño, para valorizar la cuantía del mismo y hasta dónde deben fijarse sus límites.

Reuniendo estos elementos, tendremos ante nosotros los llamados casos de responsabilidad precontractual.

A continuación haremos un repaso por los antecedentes doctrinarios que dieron origen a las discusiones acerca de la *culpa in contrahendo* y la responsabilidad precontractual. Debemos precisar que lo que aquí hacemos es sólo la descripción de los postulados de los distintos autores más representativos que fundaron los cimientos de la teoría de la responsabilidad precontractual. El análisis detallado de los efectos que a nuestro parecer deben ser regulados, así como la naturaleza de la culpa precontractual, la extensión del daño resarcible, nuestras conclusiones y las propuestas que planteamos, serán expuestas más extensamente en el **Capítulo III**, al referirnos a cada uno de los distintos componentes de esta figura y sus funciones, dentro de nuestro propio Código Civil. Por lo tanto, lo que se describe a continuación sirve de base para entender los orígenes de la figura y las primeras discusiones que tomaron forma en torno a la misma, para posteriormente hacer análisis más exhaustivos de lo que, luego de esta evolución, la doctrina moderna ha reconfigurado y establecer nuestras conclusiones.

La Doctrina en general es pacífica en atribuir a **Rudolf von Jhering** los primeros estudios sobre la responsabilidad originada en el período de formación del consentimiento. *“Por otra parte, el profesor alemán puso de manifiesto que su construcción no era del todo original, porque el Código Civil Prusiano (Allgemeines Landrecht fur die Koniglichen preussichen Staaten) de 1794 estatúa, para la fase preparatoria, los mismos deberes que en la fase de cumplimiento en su parágrafo 284.1.5: ... (Lo que rige teniendo en cuenta el grado de culpa por el que se debe responder durante el cumplimiento del contrato, se aplica también en caso de que uno de los contratantes haya descuidado los deberes que le corresponden durante la conclusión del mismo); y por que el Código Civil Austríaco (Allgemeins Burgerliches Gesetzbuch) de 1811 también contemplaba la obligación a indemnizar por actos en la fase preparatoria del contrato en los parágrafos 866, 248, 878 y 869.”*⁶⁵.

Roberto Brebbia señala que *“Hasta la aparición de la célebre monografía de Rudolf von Jhering sobre la culpa in contrahendo, la responsabilidad civil originada en ese período de formación del consentimiento no había sido objeto de estudio sistemático en la doctrina jurídica. Las leyes civiles habían contemplado siempre, desde la época del derecho romano hasta las modernas codificaciones, algunos casos de responsabilidad nacida durante el lapso de formación del consentimiento – v.gr., el de revocación de la oferta – pero nadie había advertido la posibilidad de que tales casos pudieran escapar a las reglas que regían la materia contractual, dando pie a una responsabilidad de*

⁶⁵ MEDINA ALCOZ, María. “Responsabilidad Precontractual.” Casa Editorial Forum. Lima 2006. Pág. 45. Nota al pie de página.

*características especiales.”*⁶⁶ La famosa monografía a la que se refiere el autor, fue publicada en 1861 y se denominó "*Culpa in contrahendo* oder *Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zum Perfection gelangten Vertragen*", lo que puede traducirse como "*Culpa in contrahendo*, o del resarcimiento en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse". Desde la elaboración de esta teoría, muchos autores han tratado de definir la naturaleza, los requisitos y la virtualidad de la tutela indemnizatoria de quien ve frustradas unas posibilidades negociales que, a la vista del comportamiento sostenido por la contraparte, eran serias y reales. A su vez, la jurisprudencia ha admitido la figura e incluso en algunos países, las legislaciones nacionales la contemplan expresamente en sus Códigos Civiles. Así pues, la materia de la responsabilidad precontractual constituye un tema clásico pero vigente dentro de la responsabilidad civil.

La doctrina de Jhering tiene sus fundamentos, como no podía ser de otra forma, en el Derecho romano. "*Este reconocía dos casos en los que la parte perjudicada podía resarcirse aunque el contrato fuera nulo o anulable. Así y de esta manera al vendedor de una res extracomercium y al de una herencia inexistente (Dig. 18,1,1,6,1 y Dig. 18,4,1 y 18 y 19, respectivamente) se les podía perseguir por daños, a pesar de la nulidad o anulabilidad del contrato, pues se argumentó que la teoría de la responsabilidad, en estos casos, era la de un contrato perfecto, habida cuenta que no estaban disponibles ni la actio legis Aquiliae ni la actio doli, siendo así que la nulidad de una convención no comporta la ausencia de todos los efectos del contrato sino que sólo de alguno*

⁶⁶ BREBBIA, Roberto. "Responsabilidad Precontractual." Ediciones La Roca. Buenos Aires 1987. Pág. 46.

de ellos, cual podía ser el derecho al cumplimiento específico. En definitiva, la responsabilidad por culpa in contrahendo o responsabilidad precontractual tiene precedentes legislativos, y no solamente en base a los preceptos romanos citados sino que, también, al amparo de aquel principio de derecho romano, que prohíbe causar daño a nadie (Dig. 1,1,10,1.).⁶⁷

Para explicar su teoría, Jhering analizó el caso de una persona que solicitó el envío de 100 libras de un producto determinado y que, al confundir el signo de libra con el de quintal, recibió una cantidad muy superior a la pedida. El contrato era, por tanto, nulo, por adolecer de error esencial. Pero surgía la interrogante sobre quién debía afrontar los gastos de embalaje y expedición generados. La doctrina tradicional no encontraba una respuesta para el problema planteado, pues el vendedor dañado – que habiendo confiado en la validez del contrato, veía defraudados sus intereses – carecía de acción contractual (el contrato era nulo) y de acción extracontractual (el caso no encajaba en ningún supuesto de la Lex Aquilia). Jhering concluyó en que, dado que había una culpa cometida en el período previo a la conclusión del contrato y, puesto que ésta era generadora de un daño, podía denominarse *culpa in contrahendo*, y encontró apoyo para tal afirmación en determinados casos particulares del *Corpus Iuris Civilis*, en los que se contemplaba la venta de la *res extra commercium* y de herencia inexistente, cuando el vendedor no informaba al comprador de la imposibilidad (originaria) de la enajenación por la inexistencia del objeto.

⁶⁷ ESTEVILL, Luis Pascual. “Derecho de Daños.” Editorial Bosch. Barcelona 1995. T. II. Pág. 1023.

En estos casos, dado el régimen clásico de tipicidad de acciones, se consideraba que el contratante perjudicado disponía de una acción contractual, la *actio empti*, contra quien conocía (o pudo conocer) las circunstancias que imposibilitaban la validez del contrato para reclamarle el *id quod interest mihi interest contractum initum non fuisse*.

En consecuencia, el autor alemán afirmaba que quien incurría en la culpa susceptible de provocar la nulidad del contrato, debía indemnizar a la contraparte los daños sufridos, hallándose el fundamento de tal responsabilidad en el propio contrato.⁶⁸

Los estudiosos de la *culpa in contrahendo*, siguiendo la formulación y la terminología empleada por Jhering, consideran que, en los casos de responsabilidad precontractual, los daños susceptibles de resarcimiento están constituidos por las lesiones al **interés negativo** (*negatives Vertragsinteresse*) o interés de confianza (*Vertrauensinteresse*), que es, en definitiva, el interés (daño) por la no conclusión – frustración – del contrato o *Interesse am Nichtabschluss des Vertrags*⁶⁹. Por esto, el resarcimiento del interés negativo pretende colocar al perjudicado en la misma situación que tendría si no se hubieran iniciado las negociaciones (*interesse ante contractum*).

El aporte de Jhering es decisivo a la hora de estudiar la responsabilidad precontractual; y tiene un doble mérito: 1) proporciona la denominación de *culpa in contrahendo* para la responsabilidad civil emergente del período de

⁶⁸ MEDINA ALCOZ, María. “Responsabilidad Precontractual.” Casa Editorial Forum. Lima 2006. Pág. 45.

formación del consentimiento; y 2) expone su célebre teoría del «daño al interés negativo» o de confianza, que se producía cuando una de las partes se apartaba intempestiva o arbitrariamente de las tratativas, luego de emitida la oferta, generándose de este modo, el deber de resarcir. Dado que el damnificado en los casos de *culpa in contrahendo*, no puede invocar la lesión por incumplimiento, o interés positivo, solo exigible en un contrato válido, solamente tendrá derecho al resarcimiento del interés negativo o de confianza.

Según el esquema de Jhering, ese interés negativo comprende no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante. *“Una y otra denominación (interés negativo e interés positivo) fueron acuñadas por Jhering, y siguiendo a Clara Asúa, el interés negativo o interés de la confianza es el criterio cuantificador de la indemnización por culpa in contrahendo y pretende reponer, en términos económicos, las cosas al estado en el que se encontrarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato, o no hubiese confiado en su validez en los supuestos de convenciones nulas o anulables. El interés positivo o del cumplimiento, afirma la citada autora, persigue rehacer la situación patrimonial en la que se hallaría el contratante si el contrato se hubiese realizado y cumplido, de ahí el interés en la ejecución del contrato al que hace referencia Díez Picazo, si bien dicho cumplimiento no lo será in natura sino por equivalente, que en eso consiste la indemnización de daños y perjuicios basada en un incumplimiento contractual, cual significado tiene hablar de ‘interés contractual positivo’.”*⁷⁰

⁶⁹ Ibid. Pág. 47.

⁷⁰ ESTEVILL, Luis Pascual. Op. Cit. T. II. Pág 1049. El autor cita en este punto a la Dra. Clara Asúa González “La culpa in contrahendo.” Dpto. de Publicaciones de la Universidad del País Vasco. Bilbao 1989.

Merece destacarse que Jhering, analiza este período precontractual, a partir de que la oferta ha sido emitida o en los casos de los contratos nulos por incapacidad de alguna de las partes o por vicios de la voluntad. El célebre jurista, busca determinar el fundamento legal de esa responsabilidad *in contrahendo* para poder así, extender por analogía la solución que los textos romanos acordaban en esas hipótesis a otros casos similares no contemplados por las leyes.

Del análisis efectuado, concluye en que no son aplicables como fundamento, ni la *actio doli* ni la *actio legis Aquiliae*, institutos característicos de la legislación romana, a la responsabilidad nacida en el período precontractual, ya que no existía el elemento intencional que se requería para la primera, ni mediaban los requisitos de daño visible y material causado a objetos exteriores, exigidos por la segunda acción.

Según el criterio del maestro germano, la relación que existe entre los actos cometidos en el período precontractual y el contrato nulo o imperfecto, eran determinantes en el fundamento legal de la obligación de resarcir, que no era otro que la culpa contractual.

Si se le asignara un valor absoluto a la premisa de que no puede haber acción contractual si no hay contrato, dejaría sin validez todos los efectos emergentes del pacto inconcluso o no perfeccionado, como son la restitución de las cosas entregadas a las partes, o el pago de indemnizaciones, entre otros. Para

Jhering, la razón por la cual se impone el deber de resarcir el daño causado por un acto cometido en el período de formación del consentimiento, no debe ser buscado en la buena fe de la víctima, pues la otra parte actúa también de buena fe y conforme a derecho, cuando decide dar por terminadas las tratativas. La razón del deber de resarcir, reside en la culpa de la acción de esta última. Esa *culpa in contrahendo* consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar, no solo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede expuesto a la contingencia de constituirse en víctima de la negligencia del otro.

Concluye Jhering en que no es necesario que esa obligación se estipule expresamente, pues la ley lo presume.

Roberto Brebbia⁷¹ señala que podría indicarse que el estudio de Jhering se resume en los siguientes puntos:

- a) La *culpa in contrahendo* es de naturaleza contractual.
- b) El deber de diligencia es el mismo en el período de formación del contrato como en el período de ejecución del mismo.
- c) Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, quedando excluidos los terceros.
- d) Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato, no puede haber *culpa in contrahendo*.

⁷¹ BREBBIA, Roberto. Op. Cit. Pág. 51.

- e) La acción se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa contractual.
- f) Para que pueda haber *culpa in contrahendo* tiene que haber existido oferta. Las meras tratativas anteriores a la promesa de contrato no originan responsabilidad civil.

Según nos explica Leysser León, *“Pese a su presencia en los trabajos preparatorios del BGB, la doctrina de Jhering terminó siendo recogida de una forma desperdigada, y no en una disposición de carácter general. Ello se debió, quizás, a la atenuación de los postulados de la Willenstheorie. Bernard Windscheid (1817-1892) había sentado, en efecto, las bases de la Verschuldungstheorie (teoría de la responsabilidad), al afirmar que un negocio podía ser válido, a pesar del conflicto entre la voluntad y la declaración, si la causa de la divergencia residía en el dolo o en la culpa lata del declarante. ‘El autor de la declaración disconforme no se obliga simplemente al resarcimiento del daño, sino también al cumplimiento de la promesa, a la satisfacción de la expectativa frustrada’.*⁷²

La teoría de Rudolf von Jhering fue aceptada casi sin discusión por la doctrina, hasta la aparición de un nuevo trabajo en 1906, sobre responsabilidad precontractual, del que era autor un célebre jurista italiano, **Gabriel Faggella**, titulado *“De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica”*. En este trabajo, además del mérito de ser el primero en denominar “responsabilidad precontractual” a la responsabilidad que se genera

⁷² LEON HILARIO, Leysser L. “La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y perspectivas.” Jurista Editores. Segunda Edición Lima 2007. Pág. 603.

en este período, el maestro italiano rechaza en su totalidad la tesis de la *culpa in contrahendo* como fundamento de la responsabilidad precontractual a la vez que precisa la extensión que corresponde otorgar a ese período previo a la formalización del acuerdo contractual. Y lo divide en dos etapas, para su mejor comprensión: a) las tratativas realizadas por las partes antes de que se emita la oferta y b) la que comienza con la emisión de la oferta y concluye con la formación del contrato o la cesación definitiva de las tratativas por no llegar a un acuerdo.⁷³

El aporte innovador de la teoría de Faggella lo constituye la incorporación de esta primera etapa de las tratativas, etapa que Jhering no consideraba. Según la tesis del italiano, en ese momento, las partes discuten, intercambian ideas, ordenan y conciben las cláusulas, los pactos y las condiciones, y por ende se puede incurrir en responsabilidad. En síntesis, existen dos etapas, una de las tratativas, llamadas también por la doctrina francesa “*pourparlers*”, y la otra que tiene por objeto concretar la oferta definitiva. Según Faggella, ambos momentos tienen valor jurídico, ya que los hechos cometidos durante esa etapa son susceptibles de producir efectos jurídicos y sólo varía la diferente intensidad del vínculo que une a las partes.

Es así, que para este autor la naturaleza jurídica de ambos momentos es la misma, con la salvedad de que en el segundo período, el nexo se ha estrechado aún más, por lo cual la responsabilidad sería aún mayor, en el caso de la ruptura intempestiva de las negociaciones, se produce una *inflación*

⁷³ BREBBIA, Roberto. Op. Cit. Pág. 52

obligacional. La diferencia entre uno y otro momento sería de orden cuantitativo y no cualitativo.

Luego, Faggella se aboca al análisis de las consecuencias que derivan de esta etapa precontractual, mientras el acuerdo no se ha perfeccionado aún, y entiende que hay resultados negativos y positivos. Los primeros son a consecuencia del *jus revocandi* y constituyen una derivación del principio de la autonomía de la voluntad. Las partes mantienen el derecho de revocación de la oferta durante todo el período precontractual. Los resultados positivos son consecuencia de la responsabilidad que emerge de los hechos realizados durante esa etapa. Para el jurista italiano, el solo hecho del comienzo de las tratativas con miras a celebrar un contrato entre las partes, constituye un hecho colocado bajo la protección del derecho y susceptible de tener un valor jurídico.

Confiere el autor que las partes tienen el derecho de interrumpir en cualquier momento las tratativas, cualquiera sea el grado de adelanto logrado, pero la ruptura intempestiva puede originar responsabilidad cuando de ella se produce un daño. Se considera retiro intempestivo de las negociaciones, cuando una de las partes pone fin a las tratativas sin que éstas hayan seguido su curso normal, ya sea con el perfeccionamiento del contrato o con la ruptura definitiva por falta de acuerdo. *“Aunque las partes conservan en todo momento el derecho de separarse de las tratativas cualquiera que fuese el grado de adelanto en que ellas se encontrasen, la ruptura no deber ser intempestiva, es decir, ninguna de las partes puede sin responsabilidad, interrumpir el curso*

normal de las negociaciones impidiendo su culminación en el contrato o el descuerdo total.”⁷⁴

Sostiene Faggella que el fundamento legal de la responsabilidad precontractual no se encuentra en la culpa, como sostenía Jhering, sino en la **violación del acuerdo** concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones⁷⁵. Y éste puede existir sin que haya dolo o negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo, para que esta violación se produzca.

Concluye este autor, en que el resarcimiento por la ruptura intempestiva de las negociaciones debe limitarse sólo a los gastos reales efectuados con motivo de ellas, no debiéndose incluir las ganancias dejadas de obtener. De esta manera, Faggella descarta la teoría del daño al interés negativo sostenida por Jhering, que incluía el lucro cesante.

Merece destacarse, que esta diferencia en la extensión del resarcimiento, puede resultar del criterio distinto de ambos autores cuando delimitan el período precontractual. El jurista italiano incluye el período de las *pourparlers*, calificando éste como un momento de menor intensidad del vínculo, pero igualmente susceptible de originar daños resarcibles. Mientras que Jhering, lo limita al momento en que se ha emitido la oferta, el comienzo de la responsabilidad precontractual. Como corolario lógico de este postulado, se infiere que las expectativas negociales son particularmente más intensas, en esta segunda teoría, y la parte puede haber razonablemente previsto que el

⁷⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Op. Cit. Pág. 81.

⁷⁵ Ibid. Pág. 81.

acuerdo concluiría exitosamente y por ende incurrir no sólo en gastos, sino que puede haber descartado otros negocios igualmente beneficiosos. No ocurre lo mismo en el período de las meras tratativas o conversaciones, que incluye Faggella, por lo que asignarle al resarcimiento una extensión tan grande, resultaría a todas luces desproporcionado.

Según lo señalado, las conclusiones del trabajo de Faggella son las siguientes⁷⁶:

- a) Es posible responsabilizar jurídicamente al que se retira en los primeros períodos antecontractuales.
- b) Tal responsabilidad se funda en el consentimiento para las tratativas o al concurso con ellas, y, sobre todo, en el hecho de la existencia de un perjuicio al otro tratante, representado por los gastos y por el trabajo realmente empleado en la elaboración del proyecto contractual.
- c) Este consentimiento contiene en su esencia la obligación tácita de resarcir al tratante de los gastos efectivos y del costo de trabajo preparatorio contractual.
- d) Los límites del resarcimiento están señalados por la necesidad de los gastos y del trabajo preparatorio pertinente; y los caracteres del consentimiento para tratar de la otra parte.
- e) La responsabilidad no tiene su raíz ni en el vínculo contractual, ni en la *culpa in contrahendo*, ni en su asunción de garantía, ni en un mandato, ni en una *negotiorum gestio*.

⁷⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General.” Palestra Editores. Lima 2003. T. I. Pág. 363.

- f) El consentimiento, que se mantiene en un estado psicológico y jurídico de pasividad, excluye la existencia del primer elemento.
- g) Para integrar la responsabilidad debe también concurrir el aniquilamiento de la posibilidad o de las posibilidades de surgir un derecho esperado, fundado sobre el consentimiento para tratar.
- h) La voluntad de las partes puede extender, restringir o eliminar esta responsabilidad.

Vemos que el mérito que se puede reconocer de manera inmediata a este jurista, radica en la conceptualización del momento previo a la formulación de la oferta, es decir a identificar una etapa previa, la de las tratativas prenegociales, como etapa también protegida por la responsabilidad precontractual, término que también él impuso.

Posteriormente, el prestigioso jurista francés **Raymond Saleilles** publica un estudio un año después del de Faggella, en donde coincide, en los conceptos generales, con la teoría del italiano. En *“De la responsabilité précontractuelle”*, publicado en 1907, resalta el enorme valor que tuvo la tesis de Faggella, al incorporar a la esfera del campo jurídico, el período de las tratativas, las «pourparlers» del derecho francés, anteriores a la formulación de la oferta.

El fundamento jurídico de esa responsabilidad lo coloca en el retiro intempestivo, violatorio del acuerdo expreso o tácito entre las partes al entablar las negociaciones, aceptando el fundamento de Faggella. Y sostiene, asimismo, que ese retiro no configura un hecho culposo. Para Saleilles, las

partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato, tienen desde el primer momento la obligación de *obrar de acuerdo a la equidad comercial y a la buena fe*. Por lo tanto, existe retiro intempestivo de las tratativas, cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial. Se produce un **ataque al uso**.

Y en cuanto a la extensión del resarcimiento, siguiendo la tesis de Faggella, descarta la teoría del interés negativo, limitándola a los gastos que efectivamente se produjeron a raíz de las tratativas. *“Por el contrario, cuando la oferta ya ha sido emitida, en ciertos casos particulares – por ejemplo, cuando el solicitante se compromete a mantenerla dentro de un plazo y la revoca antes de su vencimiento –, Saleilles, a diferencia de Faggella, admite la posibilidad de que el aceptante pueda exigir el cumplimiento del contenido de la prestación objeto de la promesa de contrato, es decir, su ejecución real, aún cuando el oferente quiera hacer jugar el jus revocandi.”*⁷⁷

Dice Manuel de la Puente y Lavalle que *“Con posterioridad a los trabajos de Jhering, Faggella y Saleilles e inspirándose en ellos, la doctrina mundial se ha dividido, inclinándose unos autores por la posición que considera que la responsabilidad precontractual tiene carácter contractual, siguiendo – aunque, en algunos casos, con considerables variantes – la tesis de Jhering, mientras que otros otorgan carácter extracontractual a dicha responsabilidad, compartiendo el parecer – muchas veces sin identificarse necesariamente con sus fundamentos – de la tesis de Faggella y Saleilles.”*⁷⁸

⁷⁷ BREBBIA, Roberto. Op. Cit. Pág. 57.

⁷⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 364.

Los autores citados han sido los que primero analizaron críticamente las relaciones precontractuales, etapa decisiva en la formación del consentimiento, y dieron lugar a que posteriormente el tema fuera tratado con mayor rigurosidad por distinguidos juristas que les sucedieron. Ellos dieron las pautas iniciales de estos estudios para la discusión que a raíz de sus postulados se fue desarrollando. Sin embargo, compartimos con De la Puente el comentario antes expuesto, respecto a que el tema central de discusión siempre ha estado centrado en el tipo de responsabilidad que debe ser aplicable cuando ocurren hechos dañosos en la etapa de la formación del contrato. De esta distinción se desprenden todos los temas accesorios, como son la imputación de la culpabilidad, la extensión del daño, el monto del resarcimiento, etc.

Por ello, era para nosotros fundamental establecer como premisa inicial, nuestra posición orientada hacia las teorías dualistas de la responsabilidad civil, aquellas que acogen la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, ya que ello nos va a servir para poder establecer claramente y de manera diferenciada, nuestra propia perspectiva acerca de cada uno de los temas que se proponen en el presente trabajo.

CAPITULO II

FORMACIÓN DEL CONTRATO

Sabemos que el Derecho, en su concepción más general y abstracta, es visto como un conjunto de normas que están orientadas a regular la convivencia pacífica de los miembros de la sociedad. A partir de esta definición, que no hace distingo alguno de las diversas ramas que el Derecho ha ido generando y que, según podemos presentir, irá aún desarrollando, se concibe al Derecho como una creación del hombre para impartir reglas de conducta o sanciones en caso de incumplimiento de las mismas⁷⁹. Pero, definitivamente, esta apreciación es sumamente reducida y se olvida del sentido mismo, del contenido esencial que tiene el Derecho, como ciencia y como expresión de la realidad de la vida social de las personas, que son finalmente su fuente principal y a la vez su destino.

En efecto, el Derecho no es sólo una suma de reglas y sanciones, no es simplemente un código ni una ley. El Derecho, como expresión de la creación del hombre, va más allá de esta simple definición porque, para empezar, creemos que el derecho, más que una creación del hombre, es una realidad

⁷⁹ Acertadamente el profesor Alberto Trabucchi señala que “Existen volúmenes y volúmenes de leyes (demasiados!), bibliotecas de obras jurídicas, edificios y palacios para la administración de justicia, organizaciones escolásticas y universitarias para el estudio del derecho; pero como observaba un famoso jurista, todavía hoy resulta difícil responder a esta simple pregunta: “¿Qué es el derecho?”... La infinita serie de relaciones que ponen en contacto a los hombres entre si en la sociedad, requiere de una organización basada en principios que se traducen en normas; es obvio que la convivencia civil no puede prescindir del derecho, que el ordenamiento que regula las relaciones humanas: *ubi societas, ibi ius*”. Pero las relaciones entre los hombres se encuentran disciplinadas también por reglas que no forman parte de la organización jurídica; recordemos las normas de etiqueta, del honor, así como los imperativos morales y los preceptos religiosos. Las reglas de la vida jurídica se distinguen de las demás por su necesidad social: el derecho constituye aquel principio de cohesión sin el cual la sociedad civil se disolvería en la anarquía.” En “Instituciones de Derecho Civil” Alberto Trabucchi. Traducción de Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1966. Pág. 1.

latente, es una manifestación continua y es tan evidente su presencia que nadie puede negar que éste existe desde que existen las relaciones sociales (incluso las más incipientes). Y sin embargo, su existencia, si bien es evidente, no es físicamente palpable, no es perceptible por los sentidos, pero definitivamente constituye un aspecto de la realidad que nos envuelve.

El maestro Carnelluti hace una distinción a este respecto y señala que "...Los juristas tratan la realidad no menos que los médicos, los físicos, los sociólogos y los economistas. En particular, aquellos conceptos del Derecho que sirven para construir, entre otras cosas, los artículos de las leyes, son instrumentos del Derecho, pero no son todo el Derecho; por ej.: la definición de la venta o del hurto, que se leen en las páginas del Código Civil o del Penal, no son aquello sobre lo que, sino con lo que opera el Derecho, como un eclipse o una enfermedad no es la descripción que de ello se hace en un libro de astronomía o de medicina".⁸⁰ Esta distinción entre lo que es el Derecho y aquello con lo que opera el Derecho nos da una idea de cuánto se ha avanzado, en términos doctrinarios, en el esfuerzo de definir y entender el verdadero sentido y objeto del Derecho. No está de más señalar que existe coincidencia en los autores en que todavía hoy resulta difícil intentar una definición que satisfaga completamente toda la amplitud del Derecho, pero la doctrina es pacífica en consentir que definitivamente el Derecho es mucho más que simples normas y reglas, elementos con los que opera.

⁸⁰ CARNELUTTI, Francesco. "Teoría General del Derecho." Traducción del italiano por Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1955. Pág. 14.

La ardua tarea de buscar una definición del Derecho, que algunos consideran arte y otros una ciencia, no es materia de nuestro estudio, pero es conveniente referirnos a esta parte del estudio de la Teoría General del Derecho para entender que la función social que se le reconoce al Derecho tiene muchos matices de controversia. No obstante ello, es claro que ésta función social está orientada a regular la convivencia pacífica, armónica de los hombres, por ello se dice que ella requiere un orden, pero este orden no nace a partir de abstracciones filosóficas o de creaciones intelectuales, sino que es mucho anterior a éstas. “Dios – dice Manuel Albaladejo – ha establecido la base del orden justo al prescribir unas reglas fundamentales a las que debe atenerse tal convivencia. El conjunto de ellas constituye el Derecho Natural, Derecho que es perceptible por la razón humana, que es congruente con la naturaleza del hombre, y que representa la perfecta Justicia o el ideal de lo justo.”⁸¹ Y añade más adelante que “El Derecho positivo ha de inspirarse en el natural, no contradiciéndolo, sino desarrollando sus principios y reglas en tenor de las circunstancias y necesidades de cada momento y lugar. Sólo su armonía con el Derecho natural legitima al Derecho positivo”. Entonces, siguiendo a este autor español, es claro que las relaciones sociales y las normas de conducta que de ellas se derivan, se han dado aún incluso sin la existencia de un norma positivizada que las regule. Las normas y leyes que han venido a reglamentar estas relaciones, sólo han contribuido para ordenarlas positivamente, es decir se ha traducido en reglas positivizadas aquellas que el Derecho natural ya había reconocido anteriormente.

⁸¹ ALBALADEJO, Manuel. “Compendio de Derecho Civil.” Librería Bosch. Barcelona 1987. Pág 9.

Estas relaciones entre los hombres dan como resultado la aparición de ciertas normas de conducta que son de obligatorio cumplimiento, aún incluso antes de su traducción en normas positivas. Es claro suponer que para efectos de nuestro estudio, nos interesa particularmente las relaciones consensuales de tipo patrimonial que se dan entre particulares principalmente, puesto que en ellas vamos a identificar las diferentes etapas de la formación de estos acuerdos y vamos a poder establecer sus particulares características.

Entendemos que la más pura expresión de la voluntad recíproca de las personas, en materia civil, es la celebración de acuerdos, de negocios bilaterales, de contratos, en los cuales se plasma la común intención de las partes y se fijan las normas particulares que van a regir la naciente relación obligatoria. Por eso entiende Luigi Ferri que el contrato tiene una función normativa, ya que a partir de su celebración se van a fijar pautas de obligatorio cumplimiento entre sus otorgantes⁸². Estos acuerdos, como sinónimo de expresión de la libertad de las personas, si bien tienen vida propia a partir de su existencia, también tienen un antecedente, traducido en el proceso previo a su celebración, en el cual han existido, por derecho propio, reglas particulares de conducta que han normado la relación entre los otorgantes.

⁸² El profesor Ferri señala lo siguiente: “Que el contrato contenga o establezca un derecho objetivo no es algo muy común entre nosotros. Comúnmente, se afirma que el contrato es fuente de relaciones y no de preceptos, y se establece una antítesis entre relaciones y preceptos. Savigny veía la distinción entre negocio jurídico y ley en el hecho de que la ley es fuente de derecho objetivo, mientras que el negocio es fuente de derechos subjetivos y de obligaciones, es decir, de relaciones jurídicas. Pero la relación jurídica presupone dos sujetos, uno obligado a cierto comportamiento (deber) y otro (en cuyo interés se prescribe el comportamiento), que tiene la pretensión de que el comportamiento sea realizado (derecho subjetivo); ahora bien ¿cómo puede existir un deber (jurídico) sin un correspondiente mandato? Bien observa Santi Romano que los negocios jurídicos, para alcanzar el fin de la constitución de relaciones, *establecen normas y no pueden no establecerlas*, y agrega que los negocios *siempre son normativos o preceptivos*,

Esto es reconocido en la doctrina y también en las normas positivas, las cuales se han encargado de reglamentar, algunas con mayor acierto que otras, esta etapa anterior a la existencia del acuerdo propiamente dicho.

*Dice Vallespinos que “El contrato, a lo largo de toda la historia de la humanidad ha sido y sin duda seguirá siendo, una de las herramientas jurídicas más importantes que posee el hombre para satisfacer sus necesidades. Desde los orígenes mismos de la vida de relación, el hombre, para alcanzar su desarrollo necesitó de sus semejantes. En esa conexión, en esa comunicación subjetiva en procura de bienes primero y de servicios después, tuvo origen el contrato. Se podría afirmar que el contrato resulta ser una de las instituciones jurídicas que más ha acompañado al hombre desde que se comenzó a comunicar con sus semejantes”⁸³. Por eso el Derecho se ha ocupado desde siempre del estudio y regulación de las relaciones sociales de intercambio para la satisfacción de **intereses con contenido patrimonial**, a través de lo que ha denominado contratos, porque entiende que estas relaciones entre los hombres merecen que el ordenamiento les asigne la categoría de figura jurídica⁸⁴. Así pues, entendemos que sea importante el estudio y análisis de todas las etapas de estas relaciones, tanto las que dan lugar a la existencia de los contratos o convenios, como también su celebración y finalmente, su ejecución. Cada una*

como se prefiera decirlo.” En “Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil”. Luigi Ferri. Traducción de Nevar Carreteros Torres. Editorial Grijley. Lima 2004. Pág. lxvi.

⁸³ VALLESPINOS, Carlos G. “Las condiciones generales de los contratos”. En “Contratos. Libro homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe.” Directores de la obra Félix A. Trigo Represeas y Rubén S. Stiglitz. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 1989. Pág 124.

⁸⁴ Distinto es el caso de aquellas relaciones que si bien son también inherentes a la naturaleza social del hombre, por ejemplo aquellas referidas con los buenos modales, no necesitan de una regulación jurídica expresa.

de estas etapas tiene sus propias particularidades y problemática, con lo cual se reafirma la necesidad de su estudio.

La relevancia que cobra la etapa anterior a la existencia misma del acuerdo es hoy en día de mucha trascendencia para el ordenamiento jurídico, porque la negociación es tan importante que merece un trato especial y diferenciado, sobre todo teniendo en cuenta que cada vez con mayor rapidez se crean nuevas figuras contractuales, nuevos tipos de acuerdos y las nuevas necesidades del tráfico patrimonial hacen que las relaciones entre los contratantes deban ser siempre observadas de cerca, en todas sus etapas, a fin de evitar que los conflictos no puedan ser adecuadamente resueltos por dicho ordenamiento.

Entonces, conviene a nuestro estudio procurar esclarecer definiciones que consideramos indispensables para luego poder entrar al campo del análisis de la conducta de las partes. Para ello, hemos visto por conveniente hacer una distinción inicial entre Contrato y Negocio Jurídico a fin de poder establecer claramente el sentido de estos términos y su significación dentro de nuestro ordenamiento. Si bien nuestro Código Civil no se refiere al Negocio Jurídico⁸⁵ como un elemento de nuestra normativa civil, debemos tener en cuenta que existe doctrina, nacional y extranjera, que tiende a identificar esta figura con el Contrato en sí, casi como sinónimos con un mismo significado, por ello la

⁸⁵ Leysser León tiene escrito un muy interesante artículo sobre la trasposición al Derecho Francés y posteriormente a sus pares latinoamericanos desde el Derecho Alemán de la Teoría del Negocio Jurídico, la cual nos ilustra, documentadamente por supuesto, acerca de los errores que dieron lugar a la concepción de la Teoría del Actor Jurídico. El artículo se denomina “Las malas lecturas y el proceso de codificación civil en el Perú. El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión”. En “El sentido de la Codificación Civil”. Leysser L. León. Palestra Editores. Lima 2004. Pág 60 y ss.

importancia de establecer como primer elemento de definición a ambas figuras jurídicas, para así poder diferenciar claramente las etapas de negociación, así como su naturaleza.

1.- Definición de negocio y contrato

Evidentemente, el camino que ha recorrido la noción del Contrato desde las primeras elaboraciones de los juristas romanos, fundamentalmente de la compilación justiniana, pasando por un tibia derecho medieval hasta nuestros tiempos, ha sido largo y a veces tortuoso, sin embargo no vamos a detenernos en el análisis histórico de la figura, puesto que no es nuestra intención analizar ese aspecto, sin embargo es oportuno recordar que el contrato tal y como hoy lo conocemos, no siempre tuvo la misma definición⁸⁶. En fin, procuraremos centrarnos en el tema materia de análisis, el cual tiene por objeto establecer los conceptos de Negocio y Contrato para poder diferenciar a su vez, la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.

Según comenta Lizardo Taboada Córdova, *“Dentro de la temática del derecho privado existen dos teorías fundamentales para la lógica de todo el sistema en su conjunto: la teoría general del contrato y la doctrina del negocio jurídico, las mismas que han demandado la atención preferente de la mayor parte de los civilistas, dando lugar a un enorme y sobresaliente desarrollo de estos*

⁸⁶ En el Derecho Romano antiguo los formalismos y ceremonias daban validez a los pactos o convenios y luego en el Derecho Canónico el aspecto moral y religioso cobró mayor importancia. Hoy en día, las necesidades del tráfico patrimonial han simplificado la rigurosidad de otros tiempos.

*aspectos y conceptos.”*⁸⁷ Esto nos lleva a señalar que ambos conceptos son fundamentales para poder entender el verdadero sentido del intercambio patrimonial y, para nuestro particular estudio, nos servirá para poder clasificar adecuadamente la responsabilidad precontractual.

A decir del maestro Manuel de la Puente y Lavalley y atendiendo a la definición dada por nuestro código en el Art. 1351, “...*el contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial.*”⁸⁸ En dicha definición, el autor resalta fundamentalmente hasta tres características del contrato: que es un acto jurídico (concebido como la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir un derecho, según la doctrina francesa que el autor explica en su obra y que ha sido seguida por nuestro Código), que es plurilateral (pues necesita el concurso de las manifestaciones de voluntades de varias partes, de lo contrario sería únicamente una promesa unilateral) y que es de naturaleza patrimonial (puesto que debe versar sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica, es decir que deben ser objeto de valoración, dentro del tráfico del comercio, lícito por supuesto).

Luego añade el autor que “*El contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol. Lo que subsiste es la*

⁸⁷ TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato.” Editorial Grijley. Lima 2002. Pág. 85.

*relación obligatoria nacida del contrato, que es la que vincula a las partes y la que debe ser cumplida.”*⁸⁹ Se distingue pues, de esta manera, el momento de la celebración del contrato con los efectos que se generan a partir de dicho momento. Este autor explica luego que lo que obliga a las partes es la relación obligatoria que nace del contrato y no el contrato en si, e insiste en afirmar que deja de existir en el momento en que éste se perfecciona. Entonces, debemos tener en cuenta que es un error identificar al contrato con la relación obligatoria generada entre las partes: ambos conceptos son complementarios pero no son sinónimos. El contrato es fuente de obligaciones mientras que la relación jurídica creada por el contrato son esas obligaciones.

Planiol y Ripert definen el contrato y hacen un símil con la convención puesto que en el derecho francés dichos términos suelen confundirse. Según estos autores *“La Convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico y el contrato es una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.”*⁹⁰ Existe pues coincidencia con la doctrina francesa en concebir al contrato como una fuente generadora de obligaciones y no constitutiva de derechos reales, pese a que existe una corriente, italiana fundamentalmente, que sostiene que el contrato puede generar efectos reales. Si bien este tema, esta discusión académica, no es materia de nuestro estudio, resulta conveniente tener en cuenta que los diferentes sistemas jurídicos pueden tener muchos aspectos comunes, pero

⁸⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General.” Palestra Editores. Lima 2003. Pág. 33.

⁸⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 36.

⁹⁰ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. “Derecho Civil.” Traducción de Leonel Pereznieta Castro. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México 1996. Pág. 815.

que existen determinados temas sobre los cuales no existe un acuerdo unánime, como el que acabamos de señalar. Por otro lado, según la doctrina francesa, el contrato es una especie de convención, es decir que son género y especie respectivamente ya que existen convenciones que no tienen categoría de contrato (como la remisión de deuda, por ejemplo).

A decir de Guillermo Borda, *“Cabe preguntarse si contrato y convención son sinónimos en la terminología jurídica. Se señalan estas diferencias: a) El contrato es un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos patrimoniales; convención, en cambio, se refiere a todo acuerdo de voluntades sea o no de carácter patrimonial, como puede ser por ejemplo, el acuerdo sobre el régimen de visitas a los hijos, convenido por sus padres divorciados. Es decir, convención sería el género, contrato la especie....b) Suele señalarse también otra diferencia. Desde el punto de vista etimológico, contrato deriva de contraer (obligaciones); parece apropiado, por consiguiente, circunscribir ese concepto a los acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear o modificar obligaciones entre las partes. Convención, en cambio, comprende todo acuerdo destinado a crear, modificar, transferir, o extinguir derechos y obligaciones.”*⁹¹

Se reafirma entonces la calidad del contrato de ser una especie del género convención. Esto no afecta sus alcances, pero consideramos que es importante hacer este tipo de distinguos a fin de comprender el tema de la responsabilidad precontractual que es el objeto central de nuestro estudio, ya

⁹¹ BORDA, Guillermo A. “Manual de Contratos.” Editorial Perrot. Buenos Aires 1989. Pág. 07.

que servirá para comprender la naturaleza jurídica de las tratativas precontractuales y nos es de utilidad a fin de poder clasificar adecuadamente dicha figura.

Ahora bien, el contrato ha sido definido por Manuel Albaladejo, como un término bidimensional, de la siguiente manera *“El término “contrato” se utiliza en dos sentidos, uno amplio y otro estricto. El primero, significa negocio jurídico bilateral (o plurilateral), consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que se derivan cualesquiera efectos jurídicos. En tal sentido, contrato es sinónimo de convenio o convención jurídica, y el campo en que puede darse es el de todo el derecho civil. En el segundo sentido, o sentido estricto, el término “contrato” se reduce al campo del derecho de obligaciones, significando acuerdo de voluntades de dos más partes por el que se crean, modifican o extinguen obligaciones.”*⁹² Según dicha definición, en su aspecto más amplio, comprende también lo que se conoce como negocio jurídico o, según el autor, lo que se llama convenio.

Para Albaladejo, no existiría pues una diferencia de género y especie entre convenio y contrato, tal como lo habrían definido Planiol y Ripert, sino una suerte de contenido común por lo tanto, la distinción sólo se centraría en la extensión de su aplicación y no en su definición misma, ya que en el sentido más estricto del término, contrato significa creación de obligaciones y en el sentido más lato, es cualquier acuerdo de voluntades.

⁹² ALBALADEJO, Manuel. “Compendio de Derecho Civil.” Librería Bosch. Barcelona 1987. Pág. 191.

Tal parece que según este autor español, no existiría pues una dicotomía conceptual entre negocio y contrato, sino que serían ambos términos elementos de un solo concepto. Por su parte, los profesores Luis Díez Picazo y Antonio Gullón definen al contrato en un análisis a partir de lo que el Código Civil español preceptúa en su artículo 1,254. Señalan dichos autores que *“De estos preceptos podemos deducir que el contrato aparece por la conjunción de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas. Es una de las ideas centrales de todo el sistema de Derecho privado y, junto con la propiedad, constituye uno de los pilares básicos del orden económico, pues a través de él se realiza la función de intercambio de los bienes y servicios. Pero también es un supraconcepto (Oberbegriff), que es aplicable a todos los campos jurídicos y, por consiguiente, tanto al Derecho privado como al Derecho público e incluso al Derecho matrimonial. En un sentido más restringido y buscando el sometimiento a un régimen jurídico unitario, la doctrina más reciente aplica el concepto de contrato exclusivamente respecto de todos aquellos negocios jurídicos que inciden sobre relaciones jurídicas patrimoniales. Visto desde esta perspectiva, el contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”*⁹³

Al decir que *“...el contrato es el negocio jurídico...”*, nos dan a entender que esta figura es una más de las que comprende el negocio jurídico, con lo cual

⁹³ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. “Sistema de Derecho Civil”. Editorial Tecnos S.A.. Madrid 1995. Séptima Edición. Volumen II. Pág. 29.

tenemos que el concepto de género y especie es nuevamente tomado en cuenta al momento de hacer el análisis del contrato. En efecto, según la definición que dan del negocio jurídico, estos autores señalan que *“El concepto de negocio jurídico se presenta como una generalización de segundo o tercer grado. Mediante él se trata de englobar en una figura unitaria todos aquellos hechos o supuestos en los cuales el papel de la voluntad individual es relevante y en cierta medida condiciona y determina los efectos jurídicos que los actos del hombre han de producir. Se trata, en definitiva, de una figura jurídica que trata de englobar los contratos, los testamentos, y otros actos análogos, como las renunciaciones de derechos, aceptación de herencia, etc..”*⁹⁴ Es decir que tenemos una definición de negocio que indica que éste es un campo general, con una abstracción mucho más amplia que el concepto del propio contrato y que éste último es uno más de los negocios jurídicos que caben dentro de este concepto. Así vistas las cosas, se propone una revisión de ambos conceptos para determinar efectivamente si tal definición es la correcta.

Este concepto, o esta forma de definir al contrato, como parte integrante de una categoría jurídica más amplia como es la del negocio jurídico, se encuentra desarrollada en gran parte de la doctrina italiana. Dentro de estos autores, podemos destacar la definición dada por el maestro Francesco Messineo, el cual desarrolla el concepto del contrato desde diversos puntos de vista. Así lo enfoca desde un punto de vista estructural y legislativo. Al tratar sobre el primero de ellos, el autor se preocupa en decir que *“El significado más saliente – y que la ley tiene presente en la disciplina del contrato – es el de*

⁹⁴ Ibid.. Volumen I. Pág. 471.

*acto humano, esto es, precisamente de negocio jurídico. Considerado bajo este aspecto, el contrato constituye la figura más importante y más frecuente de negocio jurídico bilateral. Con lo que se describe, aunque sólo sea esquemáticamente, su estructura y se dice implícitamente que, en el estudio del contrato en general, hay que tener presente siempre la doctrina del negocio jurídico.”*⁹⁵ Como vemos, esta concepción del contrato, como una especie del negocio jurídico, no es una definición moderna ni tampoco una construcción joven; es más bien el desarrollo de toda una corriente que se ha preocupado en darle un contenido más amplio al concepto del contrato. En efecto, haciendo una reflexión sobre nuestro propio modelo doctrinario y legislativo, con referencia a nuestra definición del contrato, nunca hemos tenido a la vista esta ubicación del contrato que le dan otras corrientes. La categoría del negocio jurídico, como un supraconcepto que abarca todos los actos humanos con contenido jurídico y dentro de ellos a los contratos en particular, es una noción que no hemos considerado o que se ha dejado de lado al momento de elaborar nuestra propia legislación, lo cual definitivamente nos obliga a repensar nuestros conceptos.

A decir de Renato Sconamiglio, *“La doctrina moderna distingue en razón de su importancia la figura del negocio jurídico, en la que envuelve todos los actos de autonomía privada relevantes para el derecho como tales, de la del contrato, que representa sólo una especie del género negocio: el acto bilateral o plurilateral con contenido patrimonial. De la teoría del negocio jurídico, y por ende de los problemas y principio comunes a la totalidad del campo de la*

⁹⁵ MESSINEO, Francesco. “Doctrina General del Contrato.” Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1986. Tomo I. Pág. 40.

*autonomía privada, se ocupa la doctrina del derecho civil, mientras que de la teoría del contrato, que a su turno constituye una figura general y abstracta respecto de los varios tipos contractuales, se trata a propósito de las obligaciones y como parte preliminar del estudio de los principales contratos, en forma de planteamiento de problemas y búsqueda de soluciones propias de tal materia.”*⁹⁶ Esto en relación a su ubicación dentro de la categoría jurídica de negocio. El autor tiene en claro que el contrato es una especie del negocio (categoría general) y por lo tanto hace la diferencia de los momentos en que se debe estudiar a cada uno de ellos, por su importancia y su alcance. Respecto al negocio, por ser más general, se ocupa la doctrina del derecho civil en pleno y respecto al contrato, por ser más específico, se estudia junto con las obligaciones. Añade luego el autor, al definir al contrato en si, que *“Su principal significado consiste en que en el derecho vigente, el contrato, como con mayor certidumbre el negocio, constituye el instrumento con difusión general para la autodisciplina de los intereses particulares: el nudo pacto o consenso que dentro de los límites establecidos por el ordenamiento se presta a la realización de las más disímiles finalidades de las partes.”*⁹⁷

Al analizar este concepto, el autor señala que en él han de destacarse por lo menos tres puntos: a) que el contrato es siempre un negocio de dos o más partes; b) que el contrato se distingue de los demás negocios, también bajo el aspecto de su contenido y de la naturaleza de las relaciones en él contempladas, es decir las relaciones jurídico patrimoniales; y c) lo relativo a la

⁹⁶ SCONAMIGLIO, Renato. “Teoría General del Contrato.” Universidad Externado de Colombia. Traducción del italiano por Fernando Hinestrosa. Bogotá 1996. Pág. 13.

⁹⁷ Ibid. Pág. 24.

eficacia jurídica de la que ha de estar revestido el contrato, creador, regulador y extintor de obligaciones y constitutivo de derechos reales (esto último es un aspecto particular de la doctrina italiana, como ya habíamos señalado anteriormente). Estos aspectos son más bien comunes a las definiciones que del contrato se dan y que ya han sido anotadas, pero que el autor conviene en destacar, sin perjuicio de la importancia que su particular definición presta a la función de *autodisciplina de los intereses particulares* del contrato.

El profesor Luigi Ferri, al desarrollar su teoría normativa del contrato, lo define de la siguiente manera *“Ella (la definición) está contenida en el artículo 1,321 del Código Civil, en el que se señala que “el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre si una relación jurídica patrimonial”.* Es significativo encontrar aquí el verbo “regular”. Por otra parte, la expresión *“acuerdo de dos o más partes para constituir, etc.”* parece reflejar la superada opinión de que es requisito o elemento infaltable del contrato, la voluntad subjetiva o interna de los contratantes, orientada hacia la producción de los efectos jurídicos que surgen del contrato. Además la definición examinada parece tomar posición con respecto a la antigua polémica sobre si basta un propósito empírico o si es necesario un propósito jurídico, al optar por esta segunda solución.”⁹⁸

Luego el autor se preocupa en aclarar que para efectos de la validez del contrato no es necesario tomar en cuenta la voluntad interna o intención de los contratantes y reafirmando su tesis normativa del contrato, señala que *“...e/*

⁹⁸ FERRI, Luigi. “Lecciones sobre el contrato.” Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Editora Jurídica Grijley. Lima 2004. Pág. xlvii.

contrato es fuente de obligación, por que es fuente normativa, es decir acto con el cual se imponen la normas o imperativos jurídicos. El contrato es fuente de normas y, por lo tanto, de deberes jurídicos, y, entonces, de obligaciones en sentido lato.”⁹⁹

Esta función del contrato nos interesa especialmente para nuestro estudio, porque vamos a ver más adelante que existen deberes de las partes que no solamente nacen a partir de la celebración del acuerdo, sino que estos deberes también están presentes en la etapa formativa del contrato, es decir en la etapa precontractual, a la cual, entendemos, se extienden también obligaciones para las partes.

2.- Etapas de la formación del contrato

Como se ha señalado, es importante que se identifique plenamente las etapas de formación del contrato, entendido éste como una especie del negocio jurídico, para tener en claro el momento en que se ha de manifestar la responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo*, tema central de nuestro estudio.

Pues bien, dado que ya hemos analizado las diferentes definiciones que se dan sobre el contrato y los puntos comunes que la doctrina comparada ha encontrado, debemos centrarnos ahora en el aspecto anterior a la existencia del contrato, es decir en aquellos momentos que se han identificado y que han

⁹⁹ Ibid. Pág xlvihi.

sido delimitados por la doctrina.

2.1.- El iter negocial

Iniciaremos el desarrollo de esta parte del estudio con definiciones relativas a la formación del contrato, deteniéndonos en las etapas que abarca todo el *iter negocial* para poder situarnos exactamente en el ámbito temporal de la *culpa in contrahendo*, es decir el exacto momento en el cual se identifica dicho factor de responsabilidad.

Citando a Díez Picazo, podemos advertir lo siguiente: *“La doctrina tradicional suele distinguir tres fases o momentos principales en la vida de un contrato, que son: la generación, la perfección y la consumación. La fase de generación o de gestación comprende – se dice – los preliminares o el proceso interno de formación del contrato. Se trata de un período preparatorio, que da como resultado una serie de actos, de los cuales surge el consentimiento contractual. La llamada fase de perfección viene determinada por el cruce o encuentro de voluntades de las partes y constituye por tanto el nacimiento del contrato a la vida jurídica. Por último, la fase de consumación comprende el período de cumplimiento del fin para el cual el contrato ha sido celebrado o, lo que es lo mismo, la realización o efectividad – dice Castán – de las prestaciones derivadas de tal contrato.”* (el subrayado es nuestro). Luego, el autor hace una precisión que consideramos conveniente remarcar *“Sin embargo, una observación atenta enseguida nos hace comprender que más que existir tres fases o etapas en el iter del contrato hay tan solo dos, que se*

encuentran separadas por un punto o momento. Son la fase anterior a la celebración del contrato y la fase posterior. A la primera puede llamarse fase de preparación o de formación del contrato. A la segunda se le puede llamar fase de ejecución.”¹⁰⁰ Compartimos la primera idea del autor, respecto a las fases del contrato, ya que es evidente que en toda relación comercial, siempre van a existir las tres etapas que ha descrito (*la generación, la perfección y la consumación*); lo que puede suceder es que en algunos casos, las etapas pueden materializarse casi simultáneamente, lo cual puede contribuir a que sean de difícil identificación. Sin embargo, analizaremos éstas a fin de explicar adecuadamente nuestro punto de vista.

Respecto a la primera parte de la cita hecha en el párrafo anterior, debemos decir que nuestra legislación, quizás muy tímidamente, ha recogido aquel criterio, justamente en el Art. 1362 de nuestro Código Civil, al señalar que “*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”. Evidentemente, se han reconocido las tres etapas que se señala en el texto citado de *Diéz Picazo*, por lo que consideramos importante seguir esta estructura del *iter comercial* a fin de concordar nuestro estudio con la legislación actual.

2.1.1 La generación del contrato

La existencia del contrato, y por lo tanto, la eficacia de sus estipulaciones, no (necesariamente) surge espontáneamente ni de manera inmediata, sino que

¹⁰⁰ DIEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.” Editorial Civitas. Madrid 1996. T. II. Pág. 267.

existe una etapa previa a su perfeccionamiento (concepto este último identificado como la consecución del consentimiento de los contratantes) en la cual los “tratantes” realizan una serie de actos unilaterales. Al respecto dice Messineo lo siguiente: *“Pero, en realidad, el consentimiento (y el contrato) casi nunca se forman instantáneamente.”*¹⁰¹ *En especial cuando presenta un interés económico relevante, lo preceden tratos (o negociaciones), es decir, lo que – en el lenguaje corriente – se llama “contratar”, que, sin embargo, no es una actividad contractual, sino una actividad dirigida a realizar posiblemente el contrato. Las negociaciones son más o menos prolongadas; por medio de ellas, las futuras partes contratantes debaten cuál será o podrá ser el contenido del contrato a concluir y aprecian la conveniencia – o no – de llegar a formalizarlo.*

*Otras veces, las negociaciones se desarrollan sobre un esquema o “proyecto” de futuro y eventual contrato previamente dispuesto por uno de los interesados, o sea por una propuesta concreta; pero no por eso; las negociaciones quedan excluidas, ni se cae en el contrato de adhesión, si está permitido al otro interesado discutir el contenido del proyecto.”*¹⁰²

En el mismo sentido, Manuel de la Puente y Lavalle indica que *“El iter formativo de muchos contratos se inicia con la formulación de la oferta, a la cual sigue la aceptación (con lo que se celebra el contrato) o la negativa (que*

¹⁰¹ Respecto a esta afirmación, el autor señala la posibilidad de la celebración de contratos instantáneos, como por ejemplo en el caso de los contratos con cláusulas predisuestas unilateralmente.

¹⁰² MESSINEO, Francesco. “Doctrina General del Contrato.” Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1986. Tomo I. Pág. 308.

termina la relación)¹⁰³. Existe una tendencia cada vez mayor a la contratación masiva, en la cual los contratos se celebran de esta manera, pues la rapidez de las transacciones no permite la fase previa de las tratativas.

Al lado de esta contratación veloz existe, sin embargo, otra en la que las partes necesitan obtener una mayor información que la contenida en la proposición para resolverse a contratar, con cuyo fin inician conversaciones o tratos preliminares. En estos tratos los tratantes hacen cálculos, valoran posibilidades, plantean problemas, sondan puntos de diferencia, sugieren variantes, en fin, van formándose un criterio sobre la verdadera naturaleza y alcances del negocio, que les permita tomar una decisión sobre llevarlo adelante o no.”¹⁰⁴

Según explica Díez Picazo, la etapa previa a la celebración en si misma del contrato es importante no sólo por la responsabilidad que se genera a partir de que se inician las tratativas, sino que ellas servirán, eventualmente, para la final interpretación de lo que fue querido por las partes (por eso el Art. 1,362 del C.C. establece una presunción *juris tantum*, sobre lo declarado en el contrato y la posibilidad de que sea demostrado que ello no fue la intención de las partes) y nos dice que *“Los llamados tratos preliminares (vorverhandlungen, trattative) son los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato. Plantean,*

¹⁰³ En el mismo sentido se pronuncia Díez Picazo, quien señala que “Los tratos se abren con la iniciación por las partes de las conversaciones o negociaciones y se cierran con la celebración del contrato o con la ruptura de los tratos”. En “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.” Díez Picazo, Luis. Editorial Civitas. Madrid 1996. Pág. 271.

tanto desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico, graves problemas porque originan una serie de cuestiones de muy difícil solución. Pueden consistir en conversaciones o negociaciones, pero también en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores. Estas conversaciones o minutas no constituyen per se ningún acto jurídico en sentido estricto, pues de ellos no derivan efectos jurídicos de manera inmediata. No puede decirse que entre las partes se cree una relación jurídica originada por la voluntad de iniciar los tratos o las conversaciones. Sin embargo, tampoco puede decirse que los tratos o conversaciones sean en sí mismos irrelevantes. Por lo pronto, es clara su trascendencia en orden a la formación de la voluntad contractual y en orden a la interpretación del contrato.”¹⁰⁵

Lo anteriormente descrito define la forma de contratación “clásica”, por la que ambas partes establecen una negociación previa a la celebración del contrato. Es en dicha etapa en la cual se fijarán los términos para que se lleve adelante el negocio; así, se discutirán las condiciones relativas a las propuestas y contrapropuestas de las partes tratantes y se llegará a un acuerdo definitivo (el consentimiento, etapa posterior del *iter negocia*) el cual quedará plasmado en el contrato o, en todo caso, la actitud de las partes determinará la conformidad de las condiciones pactadas. Se trata en este caso, de un concepto clásico, fundado en una concepción *voluntarista* que permite dar pie tanto a la teoría de la voluntad íntima como a la de la voluntad declarada y que acepta como

¹⁰⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General.” Palestra Editores. Lima 2003. Pág. 350.

¹⁰⁵ DIEZ PICAZO, Luis “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.” Editorial Civitas. Madrid 1996. T. I. Pág. 270.

premisa la igualdad entre los contratantes. Sin embargo, el Profesor Alejandro Borda indica que esta noción del contrato resulta hoy insuficiente, ya que negar las desigualdades económicas, jurídicas y culturales y la existencia de monopolios, oligopolios o grupos de presión, conduce a despreciar uno de los caracteres de casi todos los contratos: su conmutatividad. Esa desigualdad es la que ha dado origen a los contratos de adhesión.¹⁰⁶

Como hemos señalado, en la contratación clásica las partes se ponen de acuerdo, previa negociación, en las condiciones del contrato y deciden celebrarlo. Pero hoy en día, cada vez se hace más reducido este espacio de negociación; los formatos pre-impresos y las cláusulas pre-redactadas se van haciendo cada vez más comunes entre nosotros, al punto de que la única decisión que pueden hacer los consumidores es si celebran o no el contrato, accediendo a las condiciones unilateralmente establecidas por la parte “más fuerte”, mas no cabe ya posibilidad de negociación sobre los términos del negocio. Esta modalidad ha originado lo que se ha dado en llamar la **contratación en masa**.

Lizardo Taboada señala acertadamente que: *“... la experiencia en todos los diferentes sistemas jurídicos ha venido demostrando desde hace mucho tiempo atrás, que la mayor cantidad de los contratos que se celebran modernamente no son negociados, ... sino que en muchos casos es solo una de las partes la que impone a la otra la totalidad del contenido contractual, teniendo la otra parte únicamente la alternativa de decidir si celebra o no el*

¹⁰⁶ BORDA, Alejandro. “La Contratación en Masa” en “Contratación Privada”. Carlos Soto Coaguila y Roxana Jiménez Vargas-Machuca, coordinadores. Jurista Editores. Lima, junio 2002. Pág. 265.

*contrato, en consideración al principio de la libertad de contratar...Esta modalidad de contratación denominada “contratos por adhesión”, es definida acertadamente en el artículo 1390 del Código Civil...”*¹⁰⁷ Se deja de lado entonces el principio de la libertad contractual y se da mayor preponderancia al de la libertad de contratar.

Tal como lo señala Max Arias-Schreiber, al lado del sistema clásico de la negociación paritaria o de trato preliminar, ha surgido una fórmula distinta, según la cual el esquema queda preestablecido y la contraparte no puede regatear y sólo tiene la opción de aceptarlo en su totalidad o rechazarlo. Se trata, en suma, del contrato celebrado por adhesión, cuya característica fundamental consiste en la desaparición de la capacidad de negociar.¹⁰⁸

En efecto, estamos asistiendo hoy al crecimiento en importancia, por la cantidad y difusión, de este tipo de contratos, que la doctrina ha dado en llamar contratación en masa. De acuerdo a las características de este contrato, como ya lo hemos advertido, la capacidad de negociar de las partes se va reduciendo y tan solo va quedando vigente la capacidad de elegir (elegir no significa necesariamente escoger lo que se desea, sino en muchos casos, lo único que se le ofrece, tal es el caso de los servicios públicos). Modernamente, las facultades de los contratantes se van replegando a favor del avance económico. Sabemos que el argumento fundamental de la masificación de los formatos pre-impresos y las cláusulas pre-redactadas es que “... éstos sirven

¹⁰⁷ TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato.” Editora Jurídica Grijley. Lima 2002. Pág. 126.

¹⁰⁸ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo I. Contratos: Parte General.” Gaceta Jurídica Editores. Lima 1995. Pág. 154.

*para uniformizar el contenido de contratos que serán celebrados masivamente o en serie por una empresa con una cantidad indeterminada de consumidores, favoreciendo de esta forma la rapidez y celeridad que exige la contratación moderna”.*¹⁰⁹

Esta diferencia entre la contratación negociada y los contratos celebrados por adhesión o al amparo de las cláusulas generales de contratación (art. 1,392 del C.C), es sutilmente criticada por el maestro Messineo, citado por Arias-Schreiber, indicando que: *“...la falta de negociaciones y de discusión, así como también de participación en la determinación y contenido del contrato, que es propia de la adhesión, implica una situación de disparidad económica y de inferioridad psíquica para el contratante débil, por la que el contrato de adhesión llega a contraponerse al contrato que puede llamarse paritario (paritético) (y que constituye la regla) en el que la posibilidad otorgada a cada uno de los contratantes de concurrir o influir sobre la determinación o sobre la elección del contenido del contrato es un síntoma de paridad económica y psíquica y traduce en términos jurídicos esta paridad.”*¹¹⁰

Entonces, ¿de qué autonomía de la voluntad estamos hablando en el caso de los contratos de adhesión? La pregunta surge por cuanto de lo que hemos podido extraer, esta autonomía se está moviendo hacia optar por la adhesión a las fórmulas pre-establecidas o la abstención de contratar. Josserand dice que este contrato carece de autonomía de la voluntad por parte del adherente y a

¹⁰⁹ TABOADA CORDOVA, Lizardo. Op. Cit.. Pág. 129.

¹¹⁰ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Op. Cit. Pág. 78.

veces carece de libertad de determinación efectiva.¹¹¹ Por su parte, Diéz Picazo y Gullón advierten que *“El peligro de estas fórmulas (contratos por adhesión y condiciones generales de contratación) es evidente. Ciertamente que facilitan la contratación en masa, porque el empresario no puede discutir individualmente cada contrato. Pero cierto también que le procuran todas las ventajas, eximiéndole generalmente de responsabilidades o aceptándola en términos tales que prácticamente se llega al mismo fin (por ejemplo, obligación de denunciar el siniestro en un plazo a todas luces corto bajo pena de que el asegurado pierda el derecho a la indemnización). Además, frecuentemente están redactadas las cláusulas de una manera laberíntica y oscura, apta para su comprensión por especialistas solamente.”*¹¹²

Pues bien, vemos que estos tipos de contratos han sido discutidos en el campo doctrinario y algunos de los comentaristas convienen en que el exceso que se puede presentar en la aplicación de los mismos (exceso entendido como abuso) perjudica directamente al contratante más débil. No obstante, creemos que no necesariamente estas figuras son negativas. De ninguna manera. Admitir ello sería negar la capacidad evolutiva de los contratos. El rigor del tiempo, el avance tecnológico, el incremento de opciones y el creciente consumismo social, determina que se generen nuevas variantes en la forma de contratar. Siempre ha sido así, por eso la permuta dio origen a la venta, por ejemplo.

Entonces, no podemos negar que el origen de este contrato, cuya expresión de

¹¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Estudios del Contrato Privado”. Editorial Cultural Cuzco. Lima 1981. Pág. 287.

“contrato de adhesión” fue acuñada por Saleilles a principios del Siglo XX , no ha sido producto de la creación abstracta de legisladores o juristas, todo lo contrario, ha nacido de la necesidad misma del avance social y económico. Carlos Soto Coaguila nos habla del origen de la denominación de los contratos de adhesión y nos dice que: “No se sabe con exactitud. Cuando surgió el fenómeno de la contratación masiva. Para algunos pensadores como Alvin Toffler, las categorías de productores y consumidores surgieron con el nacimiento de la sociedad industrial. Jurídicamente, creemos que fue Raymond Saleilles en una obra publicada en París en 1902 y destinada al estudio de los numerales 116 a 144 del Código Civil Alemán (BGB), sobre la Declaración de la Voluntad, el que acuñó el término “contrats d’adhesión”. Este jurista afirmaba que, ‘indudablemente hay contratos y contratos (...) Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica está aún por hacer; (...) se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya sólo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su lex contractus y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por si mismo’.”¹¹³

¹¹² DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. Cit. Pág. 78.

¹¹³ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “La Transformación del Contrato: Del Contrato Negociado al Contrato Predispuesto.”, citando los trabajos de Raymond Saleilles “De la déclaration de volonté, contribution a l’ étude de l’ acxte juridique dans le Code Civil allemand (Art. 116 á 144)” París 1929 y “La déclaration de volonté” París 1902. En “Contratación Contemporánea”. Palestra Editores, Lima - Editorial Temis S.A., Bogotá 2000. Pág.405.

Por ello no se puede voltear la mirada ante este fenómeno, sino que debe ser regulado, tal como lo ha hecho nuestro Código. No obstante ello, el pronunciamiento, si no unitario por lo menos ampliamente mayoritario de la doctrina, es por que en la interpretación de estos contratos, siempre prevalezca el principio del *favor debitoris*, por una razón de equidad en la calificación (art. 1404 del C.C.). En efecto, ante la duda o ambigüedad en la redacción de los contratos de adhesión o de las cláusulas generales de contratación, se ha visto por conveniente que el Juez las interprete de manera beneficiosa para el contratante que no intervino en su elaboración o redacción, ya que es el menos favorecido en el contrato.

Con estas reflexiones, hemos podido describir la etapa de preparación del contrato o los denominados “tratos preliminares” y también hemos podido discernir acerca de un fenómeno cada vez más influyente en la actualidad, como son los contratos de adhesión. Evidentemente, es una realidad innegable el avance de estos últimos, sin embargo, ello no significa la desaparición de la etapa preliminar de los contratos civiles. Ya hemos dado nuestro punto de vista al respecto y sólo cabe hacer una última anotación: la toma de decisiones previa a la celebración de cualquier tipo de contrato, implicará necesariamente una actividad preliminar, ya sea que las partes efectúen propuestas y contrapropuestas que serán materia de discusión y análisis, o ya sea que se trate de contratos predispuestos, en los cuales necesariamente habrá una oferta previa sobre la cual deberá optarse por su aceptación o no (con la consiguiente labor de información, investigación, comparación, análisis y

decisión final de la persona o personas hacia las cuales se dirige la oferta), por lo que su sola existencia antes de la celebración del contrato definitivo nos lleva a afirmar la existencia de la etapa preliminar a su consumación.

2.1.2 El perfeccionamiento del contrato

En cuanto a la segunda etapa del iter negocial o contractual, hemos señalado que se trata del perfeccionamiento. Con respecto a dicha etapa, Manuel de la Puente y Lavalle hace una distinción conceptual de dos conceptos que eventualmente suelen confundirse: *“En el proceso de formación del contrato, deben distinguirse, en puridad de doctrina, dos hechos distintos que, aunque generalmente coincidentes, tienen peculiaridad propia. Estos hechos son la conclusión y el perfeccionamiento, aunque debo confesar que inicialmente no percibí esta distinción.*

*Conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de una voluntad común, o sea el consentimiento. Desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya, y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido.*¹¹⁴

*Perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica obligacional.”*¹¹⁵ Luego el autor hace la

¹¹⁴ En este punto el autor hace un pie de página y señala que “Conviene advertir a su vez, que no deben confundirse los términos “formación” y “conclusión” del contrato, pues éste es el evento final del procedimiento de aquel.”

¹¹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General”. Palestra Editores. Lima 2003. T., I. Pág. 96.

explicación acerca de la distinción de ambos conceptos, explicando que lo usual es que la conclusión de un contrato sea coetánea con el perfeccionamiento del mismo, ya que en un solo momento se pueden dar ambos supuestos: celebración y eficacia. Sin embargo, anota que es posible que ello no se produzca en un mismo momento, distinguiendo, por ejemplo, en los contratos celebrados bajo condición suspensiva, el momento de la conclusión de los mismos cuando hay la verdadera concurrencia de voluntades y acuerdos, del momento del perfeccionamiento, que se dará cuando tenga lugar el hecho estipulado como condición: recién el contrato adquirirá eficacia y podrá ser exigible, recién se habrá producido el efecto de crear obligaciones.

En este punto del estudio, cabe detenernos un momento para tratar el tema de la oferta y la aceptación, como elementos esenciales de la conclusión del contrato y como presupuestos necesarios de un consentimiento válido.¹¹⁶

Al respecto, dice De la Puente que *“Se ha visto que la etapa de las tratativas termina con la formulación de la oferta, lo que da lugar a la iniciación de la segunda etapa, que es la celebración del contrato.*

Esta etapa comprende desde la declaración de la oferta por el oferente hasta el conocimiento por éste de la aceptación del destinatario de la oferta, que da lugar a la celebración del contrato, incluyéndose en la etapa las posibilidades de la retractación de la oferta, la contraoferta y la retractación de la

¹¹⁶ Sobre este aspecto profundizaremos los conceptos más adelante, sin embargo es preciso anotar en esta parte del estudio, las características generales de la oferta y aceptación, elementos antecesores del consentimiento.

aceptación.”¹¹⁷

De acuerdo a la definición que encontramos en el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, se entiende por oferta lo siguiente: *“En materia contractual, donde la oferta “ofrece” a su vez el mayor interés jurídico, constituye el consentimiento inicial de uno de los contratantes o de quien desea serlo. De ser aceptado por la parte a quien se dirige, y siempre que concurren los demás requisitos de capacidad, licitud y legalidad, la oferta se transforma en contrato. La oferta, por tanto, es algo más que una propuesta, donde predomina la exploración del ánimo ajeno y donde el propio criterio respecto al acto no adquiere forma concreta.”*¹¹⁸ La oferta, nos dice esta definición, es algo más que una simple propuesta. Y esto es completamente cierto puesto que la oferta es ya una declaración firme de parte de uno de los tratantes respecto a su posición sobre lo que será materia del contrato (si es que se llega al acuerdo final de las voluntades).

La naturaleza jurídica de la oferta es un tema materia de amplio debate. Messineo sostiene que se trata de una “declaración unilateral de voluntad”.

Sobre este aspecto de los negocios que se celebran sin mayor negociación (concepto paradójico pero cierto), en Italia se dio una interesante discusión académica acerca de si efectivamente había o no manifestación de voluntad en los contratos celebrados por adhesión. El debate doctrinario fue iniciado por

¹¹⁷DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General.” Palestra Editores. Lima 2003. Pág. 373.

¹¹⁸CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual.” Bibliográfica Omeba Editores. Buenos Aires. Cuarta Edición. T. III. Pág. 108.

el Profesor Natalino Irti, quien escribió un ensayo titulado *“Intercambios sin Acuerdo”* (*“Scambi senza accordo”* publicado originalmente en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Anno LII. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998. Pp. 347-364*) y fue motivo de su ponencia en un Congreso de estudios promovido en honor de Renato Sconamiglio, el 12 de diciembre de 1997.

El Profesor Irti inicia su ponencia con la descripción de la jornada diaria que recorre un hombre común y corriente en un día ordinario. Este recorrido, nos dice, está plagado de celebraciones de contratos independientes, grandes y pequeños (compra un periódico, adquiere un departamento, compra alimentos, paga cuentas, etc.). Advierte que en todos estos actos, el protagonista ha celebrado contratos sin negociarlos siquiera. En el mejor de los casos habrá regateado en cuanto al precio (del departamento) pero las demás condiciones ya estaban en formularios que simplemente se limitó a suscribir.

Evidentemente, todos estos actos están revestidos de legitimidad legislativa y son perfectamente válidos, sin embargo, el autor rescata que en ellos prácticamente no ha habido diálogo, salvo el estrictamente necesario en la mayoría de los casos, y en general el hombre común sólo se limitó a manifestar actitudes (cogió un periódico y lo pagó, escogió los alimentos en el supermercado y los canceló en la caja registradora). Para cuestionar esta falta de diálogo, el autor se hace la siguiente pregunta: *“¿En que medida el capitalismo moderno, que es producción en serie para satisfacer necesidades de masa, puede valerse de la funcionalidad de las lenguas?”*.

Procurando una respuesta, Irti reflexiona sobre el tema y nos dice que *“El contrato por adhesión – donde una parte ya ha hablado, y dirige a la otra una única pregunta y atiende una única respuesta – inaugura la decadencia del homo loquens, y disuelve el diálogo en la sociedad de dos decisiones individuales. La tecnología de la adhesión postula un texto gráfico, en el que una parte se ha expresado por siempre: por siempre y, por consiguiente, sustrayéndose al riesgo de lo inesperado y lo imprevisible. La relación gana un alto grado de eficiencia y calculabilidad: permanece la incógnita de la lengua que podría revelar trampas semánticas e interpretativas a despecho del texto gráfico; pero el esquema es repetible sin fin, evita derroches de tiempo y energías, anula o reduce las discrepancias de la individualidad. Módulos y formularios, también exponiéndose al riesgo de la lengua escrita, ofrecen caracteres de repetición y de mensurabilidad; el diálogo no es funcional; la adhesión es un mecanismo más ágil y veloz.”*¹¹⁹

Habla también de los contratos telemáticos, que van ganando terreno gracias a la internet, en el cual dice que existiría un cierto retorno a la palabra escrita más que dicha, vista más que oída, pero finalmente concluye en que *“El interactuar telemático se delinea como un procedimiento que se sirve de la lengua por simples propósitos ostensivos, y que bien podría sustituirla con íconos o signos del todo convencionales.”* En síntesis, tampoco existe un verdadero diálogo en este tipo de contratación moderna, ya que en realidad las opciones se limitan a escoger alternativas pre-diseñadas, más que a una negociación, en el sentido clásico de la palabra.

¹¹⁹ IRTI, Natalino. “Intercambios sin Acuerdo.” Traducción de Rómulo Morales Hervias y Nélvor Carreteros Torres. Artículo publicado en “Ius et Veritas N° 24.” Revista de Derecho. Lima 2002. Pág. 46.

Irti concluye argumentando acerca de los intercambios de mercado y los coloca alternativamente, o en una noción de contrato ampliada más allá del acuerdo o en una noción de intercambio sin contrato, reconociendo en todo caso dos decisiones unilaterales destinadas a permanecer como tales (la del vendedor que ofrece una cosa y la del comprador que va en busca de la misma cosa); el autor prefiere la segunda de las nociones, porque ni la ciencia, ni la práctica precisan de una moderación de los conceptos y de los institutos. En definitiva, el profesor Irti hace una descripción del retroceso del lenguaje en la contratación moderna, en la cual los acuerdos se celebran sin negociarse siquiera, *contrahere sin consintere*, lo que da pie a decir que estamos acudiendo a la desnaturalización del concepto clásico del contrato.

Por su parte, Giorgio Oppo, profesor también de “La Sapienza” de Roma, escribió un artículo replicando en cierta medida lo que explicaba el profesor Irti. Su ponencia denominada “¿La Deshumanización del Contrato?”¹²⁰ (“¿Disumanizzazione del contratto?” publicado originalmente en *Rivista di Diritto Civile. Anno XLIV N° 5. Padová: CEDAM - Antonio Milani 1998. Pp. 525-533*) estaba destinado a dar otro punto de vista a la contratación moderna y a las formas de manifestar el consentimiento, distinta a la de su colega. Por eso en su artículo se pregunta si es que en efecto los intercambios de mercado niegan verdaderamente el contrato como acuerdo, como encuentro de voluntades.

¹²⁰ OPPO, Giorgio. “¿La deshumanización del contrato?.” Traducción de Rómulo Morales Hervias y Nélvor Carreteros Torres. Artículo publicado en “Ius et Veritas” N° 25. Revista de Derecho. Lima 2002. Pág. 39 – 45.

Oppo nos explica que para la celebración de acuerdos no es indispensable que exista diálogo, porque según manifiesta, en los intercambios la falta de éste no es esencial al acuerdo, al consentimiento, al encuentro de voluntades: porque sólo el consentimiento es exigido en el contrato. En todo caso, a falta de dialogo o manifestación expresa, el comportamiento de las partes es perfectamente válido para el propósito de los acuerdos (lo cual también es válido en nuestro propio ordenamiento).

Respecto a los contratos por adhesión utilizando medio o formularios pre-impresos, Oppo afirma que no sólo el diálogo, sino las “técnicas de la relación” en general, son creaciones del hombre, dirigidas al fin contractual y, si se quiere, del intercambio. Son creaciones de la “libertad de los hombres” (que también Irti reconoce) y son usadas y respetadas como tales. Entonces discrepa con Irti, cuando dice que el acuerdo está en la unilateral predisposición del texto escrito y en la unilateral adhesión: dos unilaterales decisiones convergen en un acuerdo. Oppo dice que la adhesión no es un “estar vinculado” sino un ir al encuentro. Encuentro de las decisiones de ambas partes, y, por consiguiente, acuerdo. Acuerdo de voluntades, porque no se entiende decisión sin voluntades.

Concluye su análisis diciendo que *“Ciertamente, también en las formas de intercambio que se han considerado existe, como Irti reconoce,, ‘ejercicio de libertad’, de la libertad a la que se refiere el artículo 41º de la Constitución Italiana (precepto que afirma in primis la libertad, con la cual todo es*

coordinado y compatible, no con el ‘dirigismo totalitario’ que otras veces Irti ha reprochado en la Constitución) Libertad no simplemente de exponer y de escoger sino de vender exponiendo y comprar escogiendo. Igualmente ‘vaciado de la libertad de tratativa’ (pero vaciado por las partes, no por imposición externa), el acuerdo no es ‘reducido a la elemental libertad de no cumplir el acto’ sino exalta y concilia antes que todo la libertad de ambas partes de cumplir el acto para realizar un interés propio. Sólo así se salvan, como también Irti desea salvarlas, objeto y causa que no se pueden reconocer solamente en la decisión de exponer y en la decisión de escoger.”

Como vemos, el profesor Oppo ejerce una férrea defensa de su posición, contrapuesta a la de Irti, considerando que los actos que ejercen los contratantes son verdaderas manifestaciones de voluntad y, llegado el momento, determinan el consentimiento en la celebración de un contrato, elemento esencial para la validez de los mismos. Finalmente hace una reflexión en torno a un ensayo escrito por Alberto Trabucchi quien también considera que las voluntades de los sujetos, que se encuentra como justificación y por consiguiente – directa o indirectamente – en el origen de las continuas transformaciones de las relaciones, en uno y en otro polo, tienen siempre su significado esencial. Con esto busca resaltar el aspecto de la expresión de la voluntad como manifestación de la intención íntima de los sujetos, la cual siempre estará por encima de las leyes de mercado.

Posteriormente, el profesor Irti escribió otro artículo denominado “*Es verdad,*

*pero... (Réplica a Giorgio Oppo)*¹²¹ (*“É vero, ma ... (Replica a Giorgio Oppo)”* publicado originalmente en *Rivista di Diritto Civile. Anno XLV N° 2. Padovà: CEDAM-Antonio Milani 1999. Pp. 273-278*). En dicho artículo Irti se reafirma en su tesis y rebate los puntos expuestos por el profesor Oppo. Como dijimos antes, esta polémica causó expectativa en el fuero italiano, ya que ambos juristas ejercen mucha influencia en plano académico.

El maestro Cesare Massimo Bianca, también catedrático de “La Sapienza” y una figura ilustre del derecho italiano, intervino también en este debate con un artículo titulado *“¿Son no contractuales los contratos en masa?”*¹²² (*“¿Acontrattualità dei contratti di masa?”* publicado originalmente en *Vita Notarile. Anno LIII N° 3. Milán 2001. Pp. 1120-1128*). Bianca explica que decidió reexaminar el tema propuesto por el profesor Irti, dada su insistencia en la defensa de sus postulados. Empieza diciendo que el antecedente a la Teoría de los Intercambios sin Acuerdo tiene su origen en ciertos postulados de Günter Haupt, quien en 1941 habría esbozado la teoría de las relaciones contractuales de hecho y en 1941 escribió un ensayo en el que afirmaba que en la práctica moderna del comercio jurídico, y a gran escala, las relaciones contractuales se constituyen distintamente de cómo se habían concebido las reglas del Código Civil (alemán), al margen del acuerdo de voluntades: tales relaciones contractuales no se constituyen mediante la celebración del contrato, sino a través de *fattispecie* de hecho, a través de contactos sociales.

¹²¹ IRTI, Natalino. “Es verdad, pero... (Réplica a Giorgio Oppo).” Traducción de Rómulo Morales Hervias y Nélvor Carreteros. Artículo publicado en “Ius et Veritas” N° 26, Revista de Derecho. Lima 2003. Pág. 48–52.

¹²² BIANCA, Cesare Massimo. “¿Son no contractuales los contratos en masa?” Artículo publicado en “Estudios sobre el Contrato en General” Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942 – 2002) Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2003. Pág 393 – 407.

Similares propuestas tenía otro alemán, Martín Posch. Sin embargo, explica el jurista que estas tesis ya han sido superadas y que en todo caso, su aplicación es muy limitada, aplicables quizás al contrato de trabajo nulo o contrato de sociedad nulo. Pero si bien es cierto que la teoría de Irti no es igual a la de los contratos de hecho, se puede concluir en que es su punto de partida, ya que ambas se sustentan en la falta de diálogo de las partes.

Luego de un análisis detallado de los argumentos de Irti y de las réplicas de Giorgio Oppo, Bianca señala que *“...el énfasis dado a la palabra está fuera de lugar, porque los acuerdos pueden celebrarse aún sin hablar, y porque, en todo caso, el uso de la palabra no es válido para cambiar la naturaleza y sustancia del contrato (la venta de bienes en los grandes almacenes, por ejemplo, sigue siendo tal, incluso si el comerciante declara expresamente que ‘vende’ y si el cliente manifiesta con palabras su voluntad de ‘comprar tales bienes’).”* Para el autor, el problema verdaderamente relevante está en determinar si la voluntad del adquirente tiene eficacia creadora en la relación, es decir, la imposibilidad de modificar las condiciones establecidas por el predisponente.

Sin embargo, advierte que ello es algo que afecta a todo el fenómeno de los contratos estándar, tanto de los celebrados en los supermercados como en la compra de bienes más complejos, tales como los automóviles. Lo importante, señala, es la adecuada protección al adherente, al consumidor.

En síntesis, Bianca, a diferencia de Irti y en concordancia con Oppo, considera que no hay ningún retroceso en la contratación en masa, con respecto a la calificación de contratos. En efecto, según su punto de vista, tales formas de contratación son perfectamente válidas y el hecho de la ausencia del diálogo no afecta la validez del consentimiento expresado por los adherentes. Por el contrario, rechaza la posibilidad de asistir a la creación de una nueva forma de relación contractual, por cuanto asegura que las figuras vigentes son perfectamente aplicables a estos negocios. Quizás en este punto coinciden con Emilio Betti, quien sentenciaba que *“La forma, a través de la cual el acto jurídico que es el negocio se hace reconocible a los demás, puede ser la de una declaración o la de un comportamiento puro y simple, sin valor de declaración.”*¹²³ En efecto, en su trabajo *“Teoría General del Negocio Jurídico”*, el eminente catedrático de la Universidad de Roma estudiaba ya los efectos de las declaraciones directas o a través de comportamientos y abonaba a favor de la tesis, según explica en su obra, que indica que debe rescatarse el resultado de la declaración o el comportamiento, el cual debe estar destinado a un interlocutor válido, porque de lo contrario estaríamos frente a hechos sin relevancia jurídica.

Para concluir con la reseña de este debate, diremos que el profesor Irti publicó un artículo titulado *“El Intercambio de Pañoletas. (Réplica semi seria al profesor Massimo Bianca)”*¹²⁴ (*“Lo scambio dei foulards (réplica semi seria al*

¹²³ BETTI, Emilio. *“Teoría General del Negocio Jurídico.”* Traducción de A. Martín Pérez. Editorial Comares S.L.. Granada 2000. Pág. 111.

¹²⁴ IRTI, Natalino. *“El intercambio de pañoletas. (Réplica semi-seria al profesor Massimo Bianca.”* Artículo publicado en *“Estudios sobre el Contrato en General”* Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942 – 2002) Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2003. Pág 383 – 388.

prof. Bianca) publicado originalmente en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LIV. Milán 2000. Pp. 601-604). En este artículo pretendía aclarar ciertos conceptos que a su entender no habían sido debidamente profundizados por el maestro Bianca y que en suma, la carencia de dialogo en las transacciones actuales, reseñadas en su artículo *“Intercambios sin acuerdo”*, representa una propuesta de análisis y una invitación a mirar dentro de nosotros y en torno a nosotros. Vale la invitación a la discusión, sin embargo, no es oportuno en este momento detenernos en su análisis.

2.1.3 La consumación del contrato

La etapa de la consumación del contrato, según el análisis que venimos haciendo, es la última etapa en la vida de un contrato. Dice Díez Picazo, refiriéndose a ésta que *“... la fase de consumación comprende el período de cumplimiento del fin para el cual el contrato ha sido celebrado o, lo que es lo mismo, la realización o efectividad – dice Castán – de las prestaciones derivadas de tal contrato.”*¹²⁵ El autor señala que a esta etapa también puede llamársele “de ejecución”.

Como es válido anotar, si bien el tema central de nuestro estudio está encaminado a analizar los supuestos de responsabilidad en la etapa previa a la ejecución del contrato, no debemos olvidar que, de acuerdo a la doctrina de Jhering, también es posible encontrar responsabilidad precontractual en

¹²⁵ DIEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.” Editorial Civitas. Madrid 1996. T. II. Pág. 268.

contratos celebrados y que se encuentran en plena ejecución. En efecto, debemos recordar que Jhering citó al momento de formular su teoría, el caso de un contrato perfeccionado y que se encontraba en ejecución, pero que luego se determinaría su invalidez debido a la confusión en el signo de la medida de volumen propuesta por uno de los contratantes. Es decir que si bien el contrato se había celebrado, este debía anularse, según su propuesta, por una acción verificada en la etapa previa al perfeccionamiento del mismo.

Entonces, para efectos de nuestro trabajo, sólo queremos resaltar que, aún cuando un contrato haya sido celebrado y se encuentre en ejecución, es posible que encontremos aspectos de responsabilidad precontractual, por hechos ocurrido justamente antes de dicho perfeccionamiento. Las consecuencias de dichos actos las desarrollaremos más adelante, pero por el momento es oportuno tener presente lo acotado.

2.2.- Las tratativas antes de la oferta

Según hemos visto, el contrato tiene diferentes etapas, siendo la que nos interesa en particular la anterior a la celebración propiamente del mismo. No debemos olvidar que cuando nos referimos a los orígenes de los estudios de la responsabilidad precontractual, habíamos señalado que la teoría de Rudolf von Jhering fue aceptada casi sin discusión por la doctrina, hasta que **Gabriel Faggella** publicó su obra. Este trabajo, hemos dicho, fue el primero en denominar “responsabilidad precontractual” a la responsabilidad que se genera en este período y en él también se precisó que la extensión que corresponde

otorgar a ese período previo a la formalización del acuerdo contractual la divide en dos etapas, para su mejor comprensión: a) las tratativas realizadas por las partes antes de que se emita la oferta y b) la que comienza con la emisión de la oferta y concluye con la formación del contrato o la cesación definitiva de las tratativas por no llegar a un acuerdo.¹²⁶

Manuel de la Puente señala que *“Al lado de esta contratación veloz existe, sin embargo, otra en la que las partes necesitan obtener una mayor información que la contenida en la proposición para resolverse a contratar, con cuyo fin inician conversaciones o tratos preliminares. En estos tratos los tratantes hacen cálculos, valoran posibilidades, plantean problemas, sondean puntos de diferencia, sugieren variantes, en fin, van formándose un criterio sobre la verdadera naturaleza y alcances del negocio, que les permita tomar una decisión sobre llevarlo adelante o no.”* Agrega luego que *“La opinión más difundida es, sin embargo, que las tratativas terminan en el momento en que se formula la oferta. Comparto esta posición desde que creo que las tratativas son los tanteos preliminares en que los tratantes, sin haber llegado a tomar la decisión de contratar, tienen la intención de hacerlo si es que el negocio sobre el cual recaen conviene a sus intereses. Pero precisamente como no existe aún decisión de contratar, los tratantes desean estar en situación de libertad para adoptar su posición definitiva. La formación de la oferta y el conocimiento de ésta por el destinatario dan lugar a que ésta libertad se pierda, pues con la aceptación de la misma se dará lugar a la celebración del contrato.”*¹²⁷

¹²⁶ BREBBIA, Roberto. Op. Cit. Pág. 52

Pues bien, luego de reflexionar en relación a la contratación moderna y a diversos conceptos que se discuten en la actualidad, podemos ver que el análisis de los contratos no se detiene en el tiempo, sino que avanza con los cambios de la sociedad moderna y de las nuevas estructuras socio económicas que se van imponiendo. Los nuevos medios de contratación, la aparición de elementos técnicos que nos ofrecen posibilidades inimaginables hace 20 años, hacen necesaria una reflexión del mundo jurídico, para esclarecer las dudas que traen consigo estos nuevos fenómenos. Por ejemplo, ¿está preparado nuestro Código para afrontar de manera indubitable los embates de las nuevas formas de contratación a distancia?. Con esta única pregunta desnudamos todo un complejo anaquel de cuestiones conexas, tales como la definición del consentimiento y la determinación del perfeccionamiento del negocio jurídico; o la conclusión del negocio y la prueba de la manifestación de la voluntad de los contratantes, sólo por citar un par de ellos.

En fin, el punto central que proponemos es la necesidad de revisar de manera constante nuestra legislación civil, básicamente nuestro Código Civil, para verificar, una vez más, la calidad de estáticas o dinámicas de las normas que éste contiene, luego de lo cual podremos concluir en la verdadera aptitud de nuestro Código de aceptar los cambios o, si por el contrario, no es un cuerpo sólido que sea lo suficientemente capaz de asimilarlos.

Al margen de las consideraciones expuestas en líneas precedentes, debemos tener presente que la oferta propiamente dicha, no (necesariamente) se

¹²⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General.” Palestra Editores. Lima 2003. Pág. 350.

presenta de manera aislada, sino que previamente a ella, las partes tratantes ya han tenido un roce, un contacto negocial, ya han establecido quizás algunos acuerdos preliminares, ya han desarrollado algunos elementos propios de dichas tratativas, sin que ellas se constituyan en la oferta formal y definitiva. Esta etapa, como había anotado Fagella, es una etapa independiente, que si bien no genera los efectos que el Derecho (y particularmente nuestro Código Civil) asigna a la oferta, como figura autónoma, no se le puede negar su importancia. Estas tratativas se dan con pleno desarrollo de la autonomía de la voluntad de las partes, con pleno conocimiento de sus consecuencias y, evidentemente, son generadoras de sus propios efectos.

Más adelante nos ocuparemos de desarrollar un poco más los efectos de las declaraciones de la voluntad de las partes en esta etapa precontractual y procuraremos establecer las distinciones saltantes entre las diferentes teorías que explican estas manifestaciones de voluntad de los actores en la etapa de las negociaciones preliminares y, sobre todo, la teoría que consideramos se ajusta a nuestra materia de estudio.

Sin perjuicio de ello, debemos puntualizar que somos partidarios de la posición que identifica a las tratativas como una etapa anterior e independientes de la oferta, a la cual también le asignaremos el respectivo valor como parte de la Teoría de la Responsabilidad Precontractual, pero es importante tener en claro que las tratativas precontractuales van a generar efectos propios, los cuales se identificarán en los párrafos siguientes.

2.3.- Naturaleza de las tratativas precontractuales

Hemos hecho notar que el *iter negocial* conlleva, dentro de su formulación amplia, tres etapas, como son la de la generación, perfeccionamiento y consumación del contrato. Pues bien, respecto a la primera etapa, la generación, se nos presenta indispensable analizar la naturaleza de las tratativas que se presentan en la etapa precontractual, ya sea que el contrato se haya formalizado o no, porque no debemos olvidar que al ser nuestro tema de estudio la responsabilidad precontractual, esta abarca tanto el caso de la responsabilidad ante la ruptura injustificada de las tratativas, como también la que se presenta cuando se ha celebrado algún contrato atacado por vicios originados en el período preparatorio. Evidentemente, si un contrato es invalidado por haberse producido la causal en la etapa previa a su celebración, estamos frente a un supuesto de responsabilidad precontractual.

En concordancia con lo ya descrito por Díez Picazo¹²⁸, se señala que *“las negociaciones preparatorias de un contrato se inician por una parte invitando a la otra a entrar en tratos acerca de un determinado negocio. Este hecho y los actos posteriores que al respecto se vayan sucediendo, todos enfilados a la formación de la voluntad contractual, no constituyen, como ya se ha dicho, actos jurídicos ni tampoco generan efectos del mismo orden, pero, sin embargo, los sujetos de dichas conversaciones si que asumen deberes de comportamiento mientras contraen, cuales son los de actuar correctamente en relación a la otra parte que interviene en la negociación, observando las pautas*

¹²⁸ DIEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.” Editorial Civitas. Madrid 1996. T. I. Pág. 270.

que configuran el principio de la buena fe, cuyo principio informa, con carácter general, el ejercicio de todos los derechos... Al propio tiempo, las partes negociadoras vienen compelidas, también, a la observancia de aquellos otros deberes de información, en orden a circunstancias y personas y en relación a la cosa o derecho objeto de la negociación, de confianza, confidencialidad, deberes de no negociar con terceros, al tiempo y mientras duren las conversaciones preparatorias del negocio, así como de aquellos otros comportamientos tendentes a evitar que se cause algún perjuicio a la otra parte.”¹²⁹

Es notorio que las tratativas no generan ciertamente obligaciones en el sentido estricto del concepto. Por ejemplo, el hecho de que se entablen negociaciones o de que se realicen contactos entre las partes, no obliga necesariamente a concluir o celebrar finalmente el contrato. Es más, no todas las rupturas de las negociaciones generaran responsabilidad. Al contrario, quizás las más de las veces un contrato no se llegue a celebrar, quizás sean muchos más los casos en los cuales las negociaciones no puedan culminar en un contrato definitivo. Sin embargo, ello no generará consecuencias negativas o deberes accesorios de responder por la no celebración de los contratos.

Por ello se ha dicho que la esencia y razón de ser de las tratativas es la absoluta libertad de los tratantes para intercambiar ideas, proyectos y perspectivas, pues de esta manera pueden ellos plasmar autónomamente su

¹²⁹ ESTEVILL, Luis Pascual. “Derecho de Daños.” Bosch Casa Editorial. Barcelona 1995. T. II. Pág. 1024.

intención de contratar.¹³⁰

Tampoco será obligatorio que, al no cerrarse el contrato, pueda una de las partes forzar a la otra a concluirlo. Es decir, no hay acción jurídica que pueda de manera coercitiva, obligar a la parte que no lo hace o que se aparta de las tratativas, a celebrar el contrato. Entendemos que no hay responsabilidad por el hecho en si de no celebrar el contrato, sino que ella se generaría por los posibles daños no justificados que se ocasionen en virtud de la no celebración del contrato, siempre y cuando el reclamante pruebe que la conducta de la parte co-tratante ha sido desleal y le infundió una confianza tal que haya determinado la realización de determinados gastos o acciones que deban ser resarcidas o reembolsadas.

Se ha dicho que los deberes de las partes en la etapa de las tratativas precontractuales incluyen, también, observar los deberes de información, confidencialidad y en general aquellos comportamientos que se orienten a evitar perjuicios a la otra parte. Pues bien, esto significa que las actuaciones de los tratantes deben ser de tal manera que se impida el causar un daño al otro. Pero a la vez ello obliga a ambas partes a actuar con la debida racionalidad y diligencia, de acuerdo a los usos y costumbres y sobre todo, observando los estándares jurídicos aplicables al caso concreto. Porque *“la responsabilidad precontractual no acontece por el mero hecho de romper unos tratos preliminares tendentes a la preparación de un contrato; las partes intervinientes en estas negociaciones son libres de hacerlo a su conveniencia,*

¹³⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. T. I. Pág. 353.

en eso consiste la libertad negociadora, y aún cuando ésta tenga sus límites no convergen en este punto. Pero lo cierto es que no puede una de las partes prometerle a la otra que le venderá o arrendará una cosa o transmitirá un derecho a sabiendas de que no tiene la cosa bajo su dominio ni es titular de aquel derecho, provocando así una imposibilidad solutoria que determinaría la nulidad o anulabilidad de la convención, o silenciarle a la otra parte la incapacidad que le afecta para contratar, por ejemplo.”¹³¹

Pero tampoco se puede premiar la candidez o la ingenuidad. El deber de diligencia funciona en ambos sentidos, tanto para la parte cuya conducta genera un daño, como también para la supuesta “víctima”. Al respecto, señala Luigi Ferri, citando a Osti que “... se debe observar que para el surgimiento de la responsabilidad no basta la mala fe de quien efectúa el desistimiento, sino que es necesario que las tratativas no se hayan limitado a meros acercamientos o sondeos, y que hayan alcanzado un estadio avanzado, **que haga razonablemente prever**, con toda probabilidad, que el contrato se habría celebrado de no haberse producido el desistimiento.”¹³² (el subrayado es nuestro). Y concluye el autor, citando a Mirabelli, diciendo que “por lo tanto, es necesaria la confianza no-culposa de la contraparte, a pesar de que el objeto de tutela, propiamente dicho, no parece ser la confianza (pues el resultado de las tratativas, como se ha anotado, es siempre aleatorio), la cual se presenta más bien como límite, sino el interés de la parte en no sufrir daños económicos por haber entrado en tratativas.”¹³³ Entonces, las tratativas

¹³¹ ESTEVILL, Luis Pascual. Op Cit. Pág. 1025.

¹³² FERRI, Luigi. “Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil.” Traducción de Nevar Carreteros Torres. Editorial Grijley. Lima 2004. Pág. 36.

¹³³ Ibid. Pág., 37.

precontractuales deben realizarse con un ánimo de buena fe de las partes, pero a la vez impone a las mismas el ejecutar actos diligentes para prevenir posibles perjuicios.

Debemos tener en cuenta que *“...de acuerdo con el sistema adoptado por el Código Civil peruano, las obligaciones patrimoniales sólo surgen de las fuentes taxativamente enumeradas en el Libro VII de dicho código, entre las cuales, si bien se encuentra el contrato, no están comprendidas las tratativas. Estas son sólo una etapa del iter formativo del contrato, que pueden conducir o no a la celebración del mismo, de tal manera que las tratativas, de por sí, constituyen únicamente un camino hacia la constitución de una fuente de las obligaciones. Ello determina que, en sentido estricto, el iniciar las tratativas no crea un vínculo obligacional entre los tratantes.”*¹³⁴ Es decir que no nos encontramos ante una relación con contenido obligacional, sino que la relación entre las partes tratantes tiene otra naturaleza.

Pero no podemos dejar de observar que las actuaciones de los tratantes en la etapa precontractual juegan un papel fundamental en orden a la formación de la voluntad definitiva. Más bien compartimos el criterio¹³⁵ que señala que la conducta humana tendente a entrar en relaciones con otra persona, con la finalidad de proponerle negociar acerca de un determinado bien o derecho y con el sano propósito de llegar a concluir un contrato, aún cuando hasta entonces las conversaciones preliminares o preparatorias se hayan movido fuera de la órbita del contrato, implica el nacimiento de una relación jurídica,

¹³⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. T. I. Pág. 355.

¹³⁵ ESTEVILL, Luis Pascual. Op. Cit. Pág. 1030.

que si bien no derivan efectos jurídicos inmediatos, sí originan ciertos deberes de comportamiento, a los cuales ya hemos hecho referencia.

Si bien es cierto, se dice, que el contrato no ha nacido, es decir que no ha llegado a consumarse o, en otros casos, se declara su nulidad o invalidez por un defecto justamente surgido en esta etapa de los *pourparlers*, existe un verdadero deber jurídico de las partes tratantes de responder por los daños culposos o dolosos causados a su contraparte. Hay, en efecto, un *vínculo jurídico* entre ambos, el cual, innegablemente, les otorga el derecho recíproco de exigirse mutuamente una conducta leal, correcta, acorde con la buena fe. Porque no debemos olvidar que la responsabilidad civil se genera por la infracción no sólo de una obligación, sino que es un deber prestatorio, de naturaleza positiva o negativa.

También debemos tener presente que, si bien en la etapa de las tratativas, las partes no configuran aún una obligación estrictamente contractual, se entiende que las expresiones recíprocas o tratativas han dado lugar a un contacto social que definitivamente aleja por completo la posible calificación de personas “extrañas” o “sin relación”, ya que es plenamente notorio que se ha generado un vínculo, quizás no típico, entre ellas. No debemos dejar de lado el hecho de que dichas tratativas se generan de manera voluntaria, por el acercamiento entre ambos, destinadas a, en teoría, llegar a satisfacer intereses mutuos a través de la formalización de un contrato válido. La voluntad de las partes en esta etapa es a la vez fundamental, ya que el hecho de ser actuaciones libres, dará lugar a que éstas también se constituyan en un sustento de la eventual

responsabilidad de responder por las consecuencias dañosas – culposas o dolosas – de dichas acciones.

Ello significa que, no solamente por el hecho de haberse establecido un vínculo atípico entre los tratantes se deba observar una determinada conducta leal y de buena fe, cuyo quebrantamiento dará lugar a responsabilidad, sino que el hecho mismo de haber generado manifestaciones de voluntad, las cuales estaban orientadas al establecimiento de dicho vínculo, determinará la existencia de consecuencias como fruto de dichas manifestaciones. Por ello, es importante analizar el aspecto volitivo en esta etapa, toda vez que existen diferentes teorías que la doctrina ha propuesto en torno a la voluntad, las cuales se estudian en el siguiente acápite.

Entonces, podemos afirmar que en las tratativas precontractuales, en este vínculo atípico, se configura un deber jurídico de actuación leal de las partes tratantes, deber que, si bien no tiene la fuerza de las fuentes de obligaciones convencionales, permite a las partes poder exigirlo recíprocamente. Porque ¿no es verdad que entre los tratantes existe la posibilidad de exigir a su contrario, una actuación leal y conforme a derecho?. Ello justifica el hecho de que le asignemos la categoría de deber jurídico a las tratativas precontractuales, deber que como veremos implicará el poder ejercer derechos ante su quebrantamiento.

3.- La declaración de voluntad y su fuerza vinculante

Para efectos de nuestro particular estudio, es importante analizar los efectos de las declaraciones de voluntad de los tratantes, a fin de poder establecer su real vinculación, en términos jurídicos. Es decir, conviene clarificar los alcances de sus actos en la etapa precontractual, y a la vez, definir si dichos actos los obligan o no a asumir responsabilidad por sus consecuencias. Es importante tener en cuenta que el aspecto de la autonomía privada juega un rol determinante en este aspecto. En un sentido muy general, se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de la libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser definida como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.¹³⁶

Ya que hemos señalado que el origen de los estudios sobre la responsabilidad precontractual se atribuye a Jhering, es conveniente que recordemos que su teoría acerca de la *culpa in contrahendo* hay que entenderla enmarcada en el ambiente de la época, es decir a mediados del siglo XIX, concretamente en la

¹³⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. "El Negocio Jurídico." Editorial Civitas. Madrid 1997. Pág. 11.

época de la disputa entre las teorías de la voluntad y de la declaración, disputa que consistía en decidir si en la presencia de una declaración de voluntad, y existiendo una divergencia entre lo realmente querido y lo realmente declarado, cuál de aquellas voluntades (voluntad real o declaración) debía prevalecer.¹³⁷ Ante esta interrogante surgieron dos posiciones: para la *tesis de la declaración*, intentando proteger la seguridad del tráfico, el contrato es totalmente válido (perfeccionado), conforme lo que se haya declarado. En cambio, para la *tesis de la voluntad*, basada en el principio de la autonomía de la voluntad y por tanto en los casos en que haya una divergencia entre lo declarado y lo realmente querido, habría una declaración sin voluntad y por lo tanto, un contrato inválido, esto es, el declarante que ha cometido el error, puede pedir la nulidad del contrato. Se deja así completamente desprotegida la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato.

Por ello, dice el profesor Luigi Ferri que *“Y así, a partir del momento (desde la definición de Savigny, digamos) en que maduró en la doctrina alemana una conciencia consolidada sobre la idea y sentido del negocio jurídico, comenzaron a aflorar – como es sabido, y como sigue ocurriendo en nuestro días, aunque con variantes respecto a los temas originales – las contraposiciones entre la Willenstheorie (teoría de la voluntad) y la Erklarungstheorie (teoría de la declaración).”*¹³⁸ Vale entonces tener presente estos orígenes de las teorías que tratan de explicar las razones por las cuales los comportamientos de los sujetos, deben considerarse vinculantes.

¹³⁷ SOZZO, Gonzalo. “Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual.” Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires 2005. Pág. 20.

¹³⁸ BATTISTA FERRI, Giovanni. “El Negocio Jurídico.” Traducción del italiano por Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2002. Pág. 119.

En sede nacional, nuestro vigente Código Civil establece como esencia del acto jurídico (según la concepción del Art. 140), sobre el cual se han establecido críticas, según vamos a referir más adelante, la manifestación de la voluntad. Al respecto, rescatamos los siguientes conceptos que nos proporciona Fernando Vidal Ramírez, refiriéndose precisamente a la manifestación de la voluntad. Dice el autor que *“la conjunción de la voluntad y su manifestación es el resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo, de la voluntad interna a la voluntad exteriorizada, esto es, a la manifestación de la voluntad”*¹³⁹ Añade más adelante que *“La voluntad interna, una vez formada, debe exteriorizarse y por eso viene a ser el sustrato de la manifestación. La voluntad interna, también llamada voluntad real, conjugada con el discernimiento, la intención y la libertad, no es suficiente para la formación del acto jurídico pues este requiere de su exteriorización mediante la manifestación. La voluntad interna contenida en la manifestación se constituye en la voluntad propiamente jurídica o, si se prefiere, jurígena”*¹⁴⁰

Refiriéndose al sentido normativo de la manifestación de la voluntad, Vidal Ramírez dice que *“La manifestación de voluntad es la que determina el contenido del acto jurídico y lo hace con un sentido normativo respecto de la relación jurídica que crea, regula, modifica o extingue. El contenido del acto jurídico tiene que ver con la idea del actus iudicis como un medio de autorregulación de los intereses jurídicos de quienes lo celebran.”*¹⁴¹

¹³⁹ VIDAL RAMIREZ, Fernando. “El Acto Jurídico.” Gaceta Jurídica Editores. Cuarta Edición. Lima 1998. Pág. 90.

¹⁴⁰ Ibid. Pág. 93.

¹⁴¹ Ibid. Pág. 106.

Sin embargo, creemos que esta concepción del acto jurídico, según se ha normado en nuestro código, de alguna manera restringe los efectos que los actos o negocios que celebran las partes puedan producir. En efecto, no debemos olvidar que en sus estudios Jhering estableció como uno de los supuestos principales de su teoría de la culpa in contrahendo el hecho de haber incurrido en error una de las partes al haber solicitado determinada mercadería a su contraparte. Evidentemente, el error en el que cayó al fijar una distinta unidad de medida, determinó que se propusiera como alternativa de solución la invalidez del negocio, pero con el correspondiente resarcimiento de los daños (gastos) ocasionados en la parte no culpable. ¿Pero esto significa entonces que, de haber sucedido el mismo caso en nuestra actual legislación, no se hubiera anulado el acto, por cuanto lo que vale, finalmente, es la voluntad declarada?

Volviendo a nuestro propio Código Civil, autores nacionales se han pronunciado acerca de la orientación de nuestra legislación respecto a la voluntad; así tenemos que Lizardo Taboada señala lo siguiente: *“En nuestro medio, desde siempre se ha señalado e identificado el acto jurídico con las declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicos queridos o deseados por el o los sujetos. En este sentido, nadie duda en afirmar que es acto jurídico toda declaración de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, al igual que lo señala expresamente el artículo 140 del Código Civil. Lo que caracteriza la noción de acto jurídico es, pues, su identificación con el concepto de la manifestación o declaración de voluntad,*

*en la medida que la misma produzca obviamente efectos jurídicos.*¹⁴²

Sin embargo, el mismo autor, más adelante, señala que *“esta noción clásica del acto jurídico fue modificada posteriormente, antes de la promulgación del Código Civil alemán, por los pandectistas clásicos alemanes, con la creación del concepto del negocio jurídico, que en su primera versión, denominada también concepción clásica, coincidió totalmente con la francesa, al definirse el mismo como toda declaración de voluntad productora de efectos jurídicos buscados por el declarante justamente como efectos jurídicos.”*¹⁴³, y añade luego que *“...la concepción pandectista clásica del negocio, utilizó la denominación de “negocio jurídico” para referirse a los comportamientos del hombre, en su vida de relación con los demás, que producen consecuencias jurídicas, en correspondencia con el propósito jurídico que los determinara, apareciendo también dentro de esta nueva orientación la doctrina o teoría de la “voluntad dirigida al efecto jurídico”. Del mismo modo, dentro de esta orientación clásica del negocio, se entendió también que todos los demás comportamientos o conductas que producían efectos legales, pero ya no deseados como tales por los declarantes, sino atribuidos o impuestos directa y exclusivamente por el ordenamiento jurídico a la simple declaración de voluntad, a la simple realización del comportamiento voluntario sin importar lo querido o no por el sujeto, debían recibir la calificación de “actos jurídicos en sentido estricto”, justamente para diferenciarlos de los negocios jurídicos, en*

¹⁴² TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato.” Editorial Grijley. Lima 2002. Pág. 43. Incluso dice el autor lo siguiente: *“Esta noción no sólo se ha venido utilizando desde la época de vigencia del Código Civil de 1936, a pesar que el mismo no consagró ninguna definición sobre dicho concepto, sino fundamentalmente con mayor razón a partir de la entrada en vigencia del actual Código Civil de 1984, teniendo en cuenta la definición antes referida de su artículo 140.”* Op. Cit. Pág. 43, 44.

los cuales sí es factor fundamental el propósito jurídico o no del o los declarantes.”

Según el autor, ambas teorías, la del acto jurídico en su concepción clásica francesa, como la del negocio jurídico en su concepción clásica alemana, han sido actualmente abandonadas por la doctrina moderna, fundamentándose en tres razones específicas, las cuales podemos resumir de la siguiente manera:

1. En todo hecho jurídico existe siempre un comportamiento voluntario del hombre, ya sea que se declare o no dicha voluntad.
2. El efecto jurídico del comportamiento del hombre no ocurre por su sola voluntad, sino porque el ordenamiento le atribuye la calidad de jurídico.
3. Los sujetos, al celebrar actos o negocios, no buscan la producción de efectos jurídicos, sino efectos meramente prácticos y empíricos.

Taboada explica que “la ruptura y el total derrumbe de las concepciones clásicas del acto y del negocio jurídico culminaron con las corrientes preceptivas del negocio jurídico, que entendieron que en el mismo no existía únicamente un supuesto de hecho conformado por una o más declaraciones de voluntad, sino un supuesto legal con un precepto social, con un contenido fundamentalmente social. Desde este mismo instante, se empezó a definir el negocio jurídico, ya no como un supuesto de hecho, sino como una autorregulación de intereses privados dirigida a la satisfacción de necesidades e intereses de los sujetos, en una determinada sociedad, considerados dignos de tutela por un ordenamiento jurídico en particular, a tenor de lo establecido

¹⁴³ Ibid. Pág. 45.

por el conjunto de los valores sociales. En otros términos, desde este instante se empezó a definir el concepto del negocio jurídico como una noción eminentemente social con un reconocimiento legal, pero posterior.”¹⁴⁴

Es importante para el objeto de nuestro estudio, tener presente el verdadero sentido que se le debe dar a la actuación de las partes tratantes, especialmente en la etapa precontractual, y cual es el rol que sus declaraciones juegan en relación con la responsabilidad que se les ha de atribuir ante los casos de ruptura de dichas tratativas o por contratos nulos por culpa de uno de ellos, según hemos adelantado. Por ello, coincidimos con el autor cuando dice que *“Analizar y examinar el acto jurídico (o el negocio jurídico) desde un punto de vista basado exclusivamente en la declaración de voluntad, lleva a desconocer el significado social del negocio jurídico como acto de la autonomía privada y por ende el rechazo al concepto de causa como función socialmente razonable, digna o apreciable.”¹⁴⁵* Evidentemente, el análisis del concepto y alcances de la causa nos llevaría a profundizar en las diversas discusiones que se han elaborado a su alrededor, sin embargo, ello no nos ocupa por ahora.

Acertadamente dice Lohmann Luca de Tena que *“Quien defienda a ultranza la teoría de la voluntad destruiría los principios de seguridad jurídica en los que deben inspirarse todas las relaciones y el tráfico mercantil. Las partes no podrían fiarse de las declaraciones del otro y en virtud de las cuales se comprometen. Tendría que ampararse, por ejemplo, la pretensión de quien*

¹⁴⁴ Ibid. Pág. 50.

quiere anular un contrato si llegara a probar que lo ha suscrito sin leerlo. Y si así ha sido, ¿cómo puede tener voluntad, no ya de declarar, sino de lo que declara? Por su lado, quien apoye ciegamente la tesis de la primacía absoluta de la declaración, tendrá que admitir la validez de la declaración emitida sobre la base de un error del que es causante la otra parte. Es decir, dejará indefenso a quien involuntariamente emitió una voluntad no querida. Por ende, el Derecho no podrá indagar en la validez de los procesos formativos de la voluntad.”¹⁴⁶

Lo que pretendemos en este momento es establecer hasta qué punto son vinculantes las declaraciones de voluntad emitidas por las partes, ya que el análisis de la responsabilidad precontractual no se agota en la ruptura de las tratativas, como ya lo hemos indicado, sino que se extiende también a aquella responsabilidad que se genera por la celebración de actos destinados a ser declarados, posteriormente, ineficaces, debido a una causal específica verificada en la etapa de las negociaciones, por culpa de una de las partes. Entonces, es importante establecer hasta dónde esta declaración de voluntad va a generar efectos en las partes contratantes.

Debemos recordar, que, como lo ha señalado Manuel De la Puente, “...en la gran mayoría de casos se observa que los contratantes desean obtener un resultado práctico, sin interesarles cuáles son los efectos jurídicos que su acuerdo de voluntades va a producir. Castro desarrolla magistralmente el tema, opinando que el negocio jurídico deba verse en función a su verdadero

¹⁴⁵ Ibid. Pág. 63.

*propósito práctico, de su real significado social, prescindiéndose de la teoría del efecto jurídico. Sin embargo, debe tenerse presente que el acto jurídico está destinado, en su esencia, a producir los efectos jurídicos queridos por el agente. Este (el agente) no puede prescindir de tomar en cuenta que su declaración de voluntad sólo alcanzará su objetivo si es que está orientada a tener un efecto jurídico permitido por el Derecho.”*¹⁴⁷ Refiriéndose a esta última parte, el autor refiere que sólo serán amparados por el Derecho, aquellos efectos prácticos que no sean ilícitos.

Habíamos señalado anteriormente que la doctrina clásica se esmeraba en acentuar las diferencias entre la *Teoría de la Voluntad* y la *Teoría de la Declaración*, para explicar la validez de los actos jurídicos. Sin embargo, De la Puente habla también de la Teoría de la Responsabilidad, la cual, dice *“...suaviza la teoría de la voluntad al admitir la responsabilidad del declarante, de tal manera que, aún discrepando la voluntad de la declaración, hay que atenerse a ésta cuando de la discrepancia sea culpable el declarante, por no haberse comportado con la necesaria diligencia”*¹⁴⁸ Más adelante señala el autor que *“Los únicos requisitos que se exigen son: que la declaración tenga visos de exteriorizar una voluntad y que sea imputable al declarante la divergencia entre la voluntad real y la declaración.”*

Sin embargo, el autor puntualiza lo siguiente: *“Sostiene Ospina que el actual concepto de la teoría de la responsabilidad se ha desviado de su cauce*

¹⁴⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “El Negocio Jurídico.” Editora Jurídica Grijley. Lima 1994. Segunda Edición. Pág. 104.

¹⁴⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General.” Palestra Editores. Lima 2003. T. I. Pág 54.

original. Según él, esta teoría fue formulada por Jhering en el sentido que toda persona, por el hecho de emitir una declaración que puede dar lugar a un acto jurídico, garantiza a los demás interesados la validez de dicho acto. Si el acto no es válido por no corresponder a la voluntad, el declarante queda obligado a indemnizar los perjuicios que ocasione su conducta ilícita.” Precisa luego que la desviación señalada ha dado lugar a que hoy en día se prefiera la declaración sobre la voluntad, con lo cual se convalidaría el acto jurídico nacido de dicha declaración de voluntad. En otras palabras “el actual planteamiento de la teoría de la responsabilidad es, pues, que si la declaración es objetivamente estimable como portadora de una voluntad válida, el declarante queda comprometido por ella aunque realmente no la haya querido.”¹⁴⁹

Finalmente, en cuanto a la Teoría de la Confianza, explica De la Puente que, *“según ella, la declaración discrepante de la voluntad tiene valor cuando el destinatario ha confiado razonablemente sobre la seriedad y sobre el significado objetivo de ella. Se basa en que la certeza del tráfico jurídico exige privilegiar la confianza respecto a la realidad del consentimiento, en el sentido que la buena fe, que preside la formación del contrato, permite al destinatario dar valor como declaración de voluntad a lo que se le presenta verosímilmente como tal”¹⁵⁰* Es decir, que lo resaltante es que el contratante perjudicado haya confiado razonable y objetivamente, que su contraparte actuaba de buena fe, principio sobre el cual vamos a volver más adelante.

¹⁴⁸ Ibid. Pág. 111.

¹⁴⁹ Ibid. Pág. 112.

¹⁵⁰ Ibid. Pág. 112.

Finalmente, es conveniente referirnos a la *Teoría de la Voluntad Unilateral* como fuente de obligaciones. Dice Roberto Brebbia que *“Existen otras manifestaciones de voluntad más complejas que configuran actos o negocios jurídicos, en cuanto persiguen obtener en forma inmediata la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones (Cod. Civ. Art. 944 - argentino), v.gr., promesa de recompensa; emisión de títulos al portador; promesa de fundación; oferta irrevocable, etc. Estas manifestaciones de voluntad tienen valor vinculante para el que las emite, aún cuando esa eficacia obligatoria varíe según que obligue en firme al declarante, desde el mismo momento de la declaración, a mantener la voluntad declarada, sin supeditarla a la eventual aceptación del destinatario, o bien exprese su intención de obligarse, pero sin asumir todavía un compromiso definitivo, ya que puede dejar sin efecto la propuesta antes de que fuese aceptada. En el primer supuesto, se puede hablar de que existe un efecto vinculante absoluto; en el segundo, de un valor vinculante relativo.”*¹⁵¹ Explica el autor que en materia de responsabilidad precontractual, la voluntad unilateral es definitivamente generadora de efectos nocivos para el que quebranta su promesa u ofrecimiento, ya que al hacerlo se estaría actuando necesariamente con culpa, por lo que no cabría duda alguna acerca de su validez.

Dice este autor que *“En la generalidad de los casos es la culpa – como ya hemos señalado – el fundamento inmediato de la obligación de resarcir, pero su configuración revestirá diversas características según el tipo de actos (de*

¹⁵¹ BREBBIA, Roberto. Op. Cit. Pág. 72.

*vinculación absoluta o relativa) que se producen en el período precontractual. Se debe concluir, entonces, que los actos de voluntad unilateral constituyen el terreno en el cual opera el principio de la culpa en el período precontractual,...*¹⁵²

De acuerdo a lo señalado por Brebbia, se pueden extraer dos ideas básicas: la primera apunta a destacar la existencia de una estrecha vinculación entre las teorías de la voluntad unilateral y la de la responsabilidad precontractual (por cuanto la mayoría de los casos de responsabilidad precontractual se refieren a supuestos de declaraciones unilaterales de voluntad); y la segunda es la que destaca la viabilidad de que una declaración de voluntad con carácter vinculante pueda ser el fundamento directo o inmediato del deber de responder antes de que exista un contrato perfeccionado.¹⁵³ Se excluyen de estos supuestos, evidentemente, los casos de contratos nulos o anulables.

Pues bien, luego del estudio que se ha hecho de las diferentes teorías que tratan de explicar la naturaleza de la voluntad y su ingerencia en la validez de los actos jurídicos, debemos señalar que para efectos de una adecuada interpretación de la responsabilidad precontractual, podemos tener en cuenta lo señalado por el Max Arias-Schreiber, quien dice respecto a nuestro Código Civil que *“Para nosotros, el Código ha recogido el sistema declarativo, pero sólo a mérito de una presunción ‘juris tantum’.* En efecto, no descarta la posibilidad de demostrar que lo declarado no constituye la voluntad común de las partes y si esta última queda acreditada, prevalecerá sobre la declaración,

¹⁵² Ibid. Pág. 69.

¹⁵³ SOZZO, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 62.

en armonía con la regla que contiene el artículo 1362. La solución, tal como nosotros la vemos, es niveladora y se aparta de un radicalismo que conceptuamos peligroso e inconveniente.”¹⁵⁴

Por su parte, Lohman Luca de Tena dice que *“aunque resultaba más seguro decirlo sobre el texto del Proyecto de la Reformadora, consideramos que nuestro codificador civil no parece haber optado por ninguna de estas corrientes extremas (la de la voluntad y la de la declaración), inclinándose por las tesis de la responsabilidad y de confianza, que atenúan los rigores de uno y otro extremos. Responsabilidad, confianza y presunción de buena fe son regalias que deben inspirar todas las relaciones jurídicas y, por lo tanto, aquellas dimanantes de las declaraciones de voluntad. Estas reglas en modo alguno pueden ser genéricas, si se atiende a la naturaleza de cada negocio y a las circunstancias que le rodean. No podrá medirse con la misma regla un testamento que una donación. En el primero se deberá preferir la intención del agente, con prescindencia de si dice que lega o dona o deja; la donación, en cambio, se juzgará restrictivamente.”¹⁵⁵*

Por su parte, De la Puente se inclina por considerar a la Teoría de la Confianza como la preponderante, por cuanto en ella está subsumido como premisa de observancia obligatoria, el principio de buena fe, según el cual, las partes tienen el derecho de exigírselo recíprocamente, por lo que al no poder desentrañarse la voluntad interna de las partes, la buena fe creencia surge

¹⁵⁴ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo I. Contratos: Parte General.” Gaceta Jurídica Editores. Lima 1995. Pág. 92.

¹⁵⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. Cit. Pág. 104.

como un principio protector. Dice este autor que *“Si el Código Civil peruano dispone que los contratos deben celebrarse de buena fe, está admitiendo que ante la dificultad de conocer las voluntades internas de las partes, cuya coincidencia da lugar a la formación de la voluntad común, es legítimo recurrir a la apariencia, a lo que se ofrece a nuestro entendimiento, para celebrar el contrato, lo que significa acoger la teoría de la confianza, que precisamente autoriza a los sujetos a dar como cierto a lo que presenta visos razonables de realidad. Obsérvese que, dado que la teoría de la confianza busca dar valor a la voluntad común, tratando de encontrarla en lo que las apariencias indican, el artículo 1362 del Código Civil, que admite dicha teoría a través de la buena fe creencia, coincide con la presunción contenida en el segundo párrafo del artículo 1361, que concede a la declaración una apariencia de responder a la voluntad común.”*¹⁵⁶

Como ya hemos señalado anteriormente, nuestro Código ciertamente peca de insuficiente en lo que a regulación precontractual se refiere. Aparentemente el artículo 1362 se constituye en el pilar fundamental del cual ha de partirse para efectuar el análisis de la responsabilidad precontractual, ya que en él se establece la obligatoriedad de observar el principio de la buena fe en la etapa de la negociación. Si consideramos que esto es correcto, entonces no tenemos mayor alternativa que compartir el criterio de De la Puente, cuando señala que la Teoría de la Confianza es la base para establecer responsabilidad ante actuaciones perniciosas en la etapa de las negociaciones precontractuales.

¹⁵⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 118.

En efecto, esto es irrefutable toda vez que hemos visto a partir de los diferentes supuestos en los cuales puede presentarse dicha responsabilidad (ruptura injustificada de tratativas, celebración de contratos nulos, etc.), que la parte afectada es la que justamente confió, de manera racional y diligente, en la validez de la intención de su contraparte, pero que sin embargo su expectativa se ha visto frustrada, justamente por un actuar pernicioso o, tal vez, culposo, de aquella.

En tal sentido, si aceptamos la existencia de la responsabilidad contractual, debemos también convalidar que, en el tema de la autonomía de la voluntad, la Teoría de la Confianza es la que se aplica a nuestro Código civil, por cuanto se busca proteger a la parte que actúa de buena fe y que se ve perjudicada ante una conducta desleal o arbitraria de su contraparte.

CAPITULO III

LA CULPA IN CONTRAHENDO DENTRO DEL CODIGO CIVIL

1.- Definiciones

Hemos analizado la naturaleza jurídica de las tratativas precontractuales y hemos concluido en que, si bien en la etapa de las tratativas las partes no configuran aún una obligación estrictamente contractual, ellas han dado lugar a un contacto negocial que ha generado un vínculo, quizás no típico pero de todas maneras se han establecido ciertos deberes entre los contratantes. Como hemos señalado, la voluntad de las partes en esta etapa es a la vez fundamental, ya que el hecho de ser actuaciones libres, dará lugar a que éstas también se constituyan en un sustento de la eventual responsabilidad de responder por las consecuencias dañosas –culposas o dolosas– de dichas acciones.

El deber de actuación de las partes tratantes conforme a las reglas de la buena fe y demás deberes inherentes a la etapa precontractual, les permite poder exigirse recíprocamente una actuación leal y conforme a derecho. Ello justifica el hecho de que asignemos la categoría de deber jurídico a las tratativas precontractuales, deber que como veremos implicará el poder ejercer derechos ante su quebrantamiento. En este momento, nos detendremos en el análisis de los motivos que pueden dar lugar a ese quebrantamiento y procuraremos establecer cuáles serán las consecuencias que se derivan de dicho actuar.

Dentro de nuestro estudio, es conveniente dar especial atención a aquellos elementos atinentes a la conducta de los tratantes que dan lugar al quebrantamiento de las tratativas contractuales o a la responsabilidad precontractual, como la buena fe, la culpa y los vicios de la voluntad que dan origen a la invalidez del negocio jurídico, como el error y el dolo.

1.1.- La culpa y su definición en nuestro Código Civil: alcances del artículo 1319

La culpa es un criterio de imputación de responsabilidad, es decir que su presencia dará lugar a la obligación de resarcir un daño. *“Hablar de imputación de responsabilidad supone referirse a la atribución de la obligación de indemnizar el daño causado. Cabe que tal atribución se realice por el simple hecho de haber provocado el daño, pero cabe también que para ello se requiera que la acción u omisión sea culpable. En el primer caso estaremos ante una responsabilidad objetiva y en el segundo ante una responsabilidad subjetiva. Sólo en el campo de la responsabilidad subjetiva se identifica propiamente un criterio autónomo de imputación de responsabilidad: la culpa; ya que en el de la responsabilidad objetiva únicamente se requiere la concurrencia de los otros presupuestos de responsabilidad (acción u omisión, daño y relación de causalidad)”*¹⁵⁷

¹⁵⁷ ASÚA GONZÁLEZ. Clara I. “La Responsabilidad”. En “Manual de Derecho Civil”. Lluís Puig Ferriol, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez, José Javier Hualde Sánchez. Marcial Pons Editores. Barcelona 2000. Pág. 477.

En nuestro Código Civil, la Culpa está ubicada dentro del título referido a la Inejecución de las Obligaciones, como una de las causales atribuibles a la conducta del deudor y, por lo tanto, susceptible de dar lugar a la responsabilidad de éste por el incumplimiento de la prestación debida. Vamos a ver que la noción de culpa no es necesariamente un elemento exclusivo de la frustración de las relaciones obligacionales formales, es decir de contratos válidamente establecidos, sino que dicho elemento está presente también en otros supuestos de acciones dañosas. El accionar culposo puede ser causa de daños contractuales o extracontractuales, por lo que estimamos que el hecho de que se haya considerado su definición dentro del título de inejecución de obligaciones, no excluye el que ella sea tomada en cuenta para explicar otras causas de indemnización provenientes de relaciones no contractuales, en el sentido formal del término.¹⁵⁸

Llambías¹⁵⁹ explica que en doctrina se ha discutido acerca de que si la noción de culpa es única o dual. Explica el autor que la solución al problema de la divergencia de concepciones (clásica o dual y unitaria), es la que opta por una vía media: *“...hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa. Se trata siempre de una conducta reprochable, por que se han omitido diligencias y precauciones necesarias, pero no hay malicia en el infractor.”*

¹⁵⁸ No está demás recordar que el artículo 1969, referido a la responsabilidad extracontractual, establece la obligación de indemnizar por actuar culposo, de aquel que causa un daño.

¹⁵⁹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. “Manual de Derecho Civil. Obligaciones”. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1993. Décima edición actualizada. Pág. 65.

Haciendo una diferenciación general de la culpa contractual y extracontractual, Guillermo Borda¹⁶⁰ señala que *“El incumplimiento de las obligaciones (o el cumplimiento deficiente o tardío) puede resultar del propósito deliberado del deudor o bien de su negligencia, de su impericia, de su descuido; en el primer caso habrá dolo; en el segundo, culpa. Es lo que se llama la culpa contractual o en el cumplimiento de las obligaciones, que puede consistir en una acción o en una omisión.*

Es preciso distinguir cuidadosamente esta culpa de la aquiliana, como se llama a la que constituye un elemento de los cuasidelitos: a) La primera se refiere al cumplimiento de las obligaciones preexistentes; la segunda es una fuente de obligaciones, pues configura el cuasidelito. b) Mediando incumplimiento, se presume la culpa contractual, de modo que quien la invoca no debe probarla; la culpa aquiliana debe probarse por quien la invoca. c) La responsabilidad derivada de la culpa aquiliana es integral, en tanto que quien ha incurrido en incumplimiento culpable sólo responde de los daños directos.”

Por nuestra parte, compartimos el criterio que señala la dualidad de la culpa,¹⁶¹ es decir, la contractual y la extracontractual, debido a las diferentes circunstancias que se presentan cada una de ellas. *“Una y otra – dice De Ruggiero – obligan al id quod interest entre el autor y la víctima del daño; pero mientras el supuesto de la contractual es una relación obligatoria en la que el id quod interest se sustituye o se añade, en la aquiliana falta tal supuesto y el*

¹⁶⁰ BORDA, Guillermo A. “Manual de Obligaciones” Editorial Lexis Nexis – Abeledo Perrot. Buenos Aires 2003. Undécima edición actualizada. Pág. 75.

¹⁶¹ Un análisis de los diversos fundamentos que esgrimen los autores para justificar una u otra posición lo podemos encontrar en OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario. “Tratado de las Obligaciones”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2001. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI. T. X. Pág. 348 y ss.

*resarcimiento aparece como objeto primario y originario de la obligación.”*¹⁶²

Entonces, es oportuno analizar la culpa en su sentido más general y su importancia dentro de lo que es materia de nuestro estudio, es decir, la responsabilidad precontractual.

1.1.1.- La culpa: definición y clases

Como es notorio, la culpa es uno de esos conceptos del Derecho que es muy utilizado, tanto en el ámbito penal como en el civil y en todas las ramas del Derecho que de él derivan; *“es otro de los conceptos más delicados para el Derecho, por los matices del vocablo y por las diversas valoraciones legislativas y doctrinales que presenta.”*¹⁶³ Quizás se tiene una idea general de lo que encierra este término, pero vamos a tratar de centrarnos en una definición que sea lo suficientemente acorde con nuestro tema de estudio. De manera muy sucinta, podemos indicar que *“La culpa es definida en su acepción subjetiva como impericia, negligencia, desatención, etc.; y en su acepción objetiva, como violación de leyes o reglamentos.”*¹⁶⁴ Sin embargo, es oportuno que profundicemos un poco más acerca del concepto de esta importante figura.

¹⁶² DE RUGGIERO, Roberto. “Instituciones de Derecho Civil.”. Traducción del italiano por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro. Instituto Editorial Reus. Madrid 1944. Tomo II. Vol. I. Pág. 130.

¹⁶³ OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario. “Tratado de las Obligaciones”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2001. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI. T. X. Pág. 322.

¹⁶⁴ ALPA, Guido. “Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil”. Traducción del italiano por Leysser L. León. Jurista Editores Eirl. Lima 2006. Pág. 323.

“El concepto de culpa – dice Von Thur¹⁶⁵ – entendido en un sentido amplio, es común al derecho penal y al civil, y alude a un comportamiento reprobado por la ley, ya consista en la violación de un contrato o en la comisión de un acto ilícito. Lo que la ley reprueba es la voluntad maligna o negligente del individuo. Caben, por tanto, dos modalidades: la del dolo y la de la negligencia o culpa en sentido estricto.” Y más adelante añade *“La culpa o negligencia consiste en que el autor del acto, sin proponerse provocar un resultado antijurídico, no guarde la diligencia exigible, según la práctica, para evitarlo.”* Evidentemente, no nos detendremos en el análisis de la culpa penal, sin embargo, es bueno tener presente que un comportamiento culposo puede dar lugar a varios tipos de responsabilidad: penal y civil y dentro de ésta, a la responsabilidad contractual y extracontractual. En efecto, según lo que señala el autor, el actuar culposo se presenta tanto en la violación de un contrato (relación obligacional por excelencia), como también en la comisión de cualquier acto ilícito, para el cual no se requiere necesariamente el haberse establecido una relación formal de naturaleza contractual.

En palabras de De Ruggiero, *“... ésta (la culpa) presupone la voluntariedad del acto, del que derivan consecuencias dañosas e implica una imputabilidad en el agente por no haber sabido prever y evitar los efectos dañosos del acto. Es, pues, culpa en su acepción técnica (que en sentido amplio comprende toda infracción legal y toda lesión del derecho ajeno y, por tanto, comprendería también al dolo) una conducta ilícita por falta de diligencia, por imprudencia, por incuria, una negligencia más o menos grave que produce un perjuicio y que*

¹⁶⁵ VON THUR, Andreas. “Tratado de las Obligaciones”. Traducción del alemán por W. Roces. Editorial Reus S.A. Madrid. 1934. Tomo I. Pág. 275 y 276.

*hace, consiguientemente, responsable a aquel a quien el acto es imputable.*¹⁶⁶

De las definiciones aportadas, se extrae que los elementos comunes ¹⁶⁷ que se han tenido a la vista son dos: a) en la culpa hay carencia de la diligencia debida; y b) hay carencia de malicia.

Según explica Borda ¹⁶⁸, refiriéndose a los orígenes de la clasificación, los textos romanos distinguían diversos tipos de culpa: **a) la culpa grave o lata**, consistente en la omisión de las diligencias y cuidados más elementales; **b) la culpa leve**, que podía ser considerada bien objetivamente (omisión de los cuidados del buen padre de familia) o bien subjetivamente (omisión de los cuidados que habitualmente tiene la persona en sus propios asuntos); **c) la culpa levísima**, que consistía en la omisión de la diligencia de un padre de familia excelente (*diligentissimus pater familias*). Esta última categoría fue, en verdad, una elaboración de los glosadores, sobre la base de textos discutibles, según dice el autor.¹⁶⁹

La culpa grave¹⁷⁰ consistía en omitir los cuidados más elementales, en no hacer lo que todo el mundo considera necesario hacer; *'lata culpa* –decía un texto del Digesto– *est nimia negligentia, id est, non intelligere quod monjes intelligunt'* (culpa lata es la demasiada negligencia, esto es, no entender lo que todos entienden). Por su parte, la culpa leve o simplemente culpa, presentaba

¹⁶⁶ DE RUGGIERO, Roberto. Op. Cit. Pág. 125.

¹⁶⁷ ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José, LOPEZCABANA, Roberto M. "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales". Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2004. Pág. 184.

¹⁶⁸ BORDA, Guillermo A. Op cit. Pág. 76.

¹⁶⁹ Sobre este aspecto coinciden los Drs. Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre. Op Cit. Pág. 325.

dos modalidades: culpa leve in abstracto y culpa leve in concreto. La primera consistía en omitir los cuidados de un buen padre de familia (*bonus pater familias*), es decir, los cuidados que prestaría un hombre de una diligencia ordinaria o común. Y la culpa leve in concreto, que es una variante de la culpa in abstracto, consistía en determinar la responsabilidad pero no tomando como punto de partida la comparación ideal del buen padre de familia, sino del deudor mismo.

Siguiendo con la clasificación de la Culpa, debemos reconocer que existen diversos criterios para efectuarla. Juan Espinoza Espinoza¹⁷¹, definiendo la culpa como uno de los factores de atribución subjetivos de la responsabilidad, señala que se deben distinguir las siguientes categorías: a) Culpa Objetiva: que es la culpa por violación de las leyes; b) Culpa Subjetiva: que es aquella que se basa en las características personales del agente. Indica que es la denominada culpa in concreto; c) Culpa Grave: que es el no uso de la diligencia propia de la absoluta mayoría de los hombres; d) Culpa Leve: que es el no uso de la diligencia propia de las personas de capacidad media; e) Culpa Levísima: que es cuando no se usa la diligencia propia de las personas excepcionalmente prudentes y cautas; f) Culpa Omisiva: que estaría referida al deber de asistencia frente a otros; y g) Culpa Profesional: referida a la actuación en la prestación de servicios para resolver asuntos profesionales, técnicos o de especial dificultad.

¹⁷⁰ OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario. Op. Cit. Pág. 322.

¹⁷¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Derecho de Responsabilidad Civil" Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2002. Pág. 89.

Por su parte, Guido Alpa¹⁷² efectúa una clasificación más amplia: a) Culpa Genérica (que se determina según los criterios de previsión) y Culpa Específica (que es la violación de normas y reglamentos); b) Culpa Civil y Culpa Penal; y c) Culpa Profesional (que según explica es una historia de privilegios e inmunidades con la que no está de acuerdo).

En nuestra legislación, el Código Civil de 1852 reconoció, dice Palacio Pimentel¹⁷³, las tres graduaciones de culpa: La grave que se equiparaba al dolo y que hoy es la denominada “culpa inexcusable”. La culpa lata o grave generaba en realidad una responsabilidad menor, siendo por el contrario, mayor la responsabilidad que generaba la culpa levísima. Continúa el autor diciendo que el Código Civil de 1936 tuvo en su artículo 1322 el antecedente de la clasificación moderna de nuestro actual texto legal.

Según refieren Osterling y Castillo, *“en lo que respecta a nuestra legislación, el Código Civil de 1936 abolió el sistema de la clasificación de la culpa que consagraba el Código Civil de 1852. El Código de 1936 admitía, sin embargo, la culpa grave –denominándola culpa inexcusable– al prohibir la renuncia de la acción por responsabilidad en que podía incurrir el deudor por esa causa (artículo 1321). Y también admitía la culpa in concreto, tal como antes lo señalamos, al consignar, como una de las obligaciones del depositario, la de ‘cuidar de la cosa depositada como propia’ (artículo 1609, inciso 1, del Código Civil).”*¹⁷⁴ Así pues, explican los autores que el Código de 1936 se alejaba de

¹⁷² ALPA, Guido. Op. Cit. Pág. 323.

¹⁷³ PALACIO PIMENTEL, Gustavo. “Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano”. Editorial Huallaga. Lima 2002. Cuarta Edición. Pág.496.

¹⁷⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. Cit. Pág. 335.

los preceptos establecidos por el Code Francés y que fueron recogidos por el Código de 1852, estableciéndose como regla de imputación la culpa, la cual era conceptualizada, según el artículo 1322, como la *“omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.”*

Nuestro Código Civil vigente reconoce dos clases de Culpa: **la leve y la culpa inexcusable**. El Art. 1319 señala que *“Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”*. A decir de Felipe Osterling, *“Esta es justamente la negligencia que linda con el dolo; por la gravedad que ella reviste y, al ser los límites entre el dolo y la culpa inexcusable con frecuencia borrosos, se atribuyen, según se ha indicado, iguales consecuencias jurídicas a quien actúe de cualquiera de estas dos maneras.”*¹⁷⁵

Por su parte, refiriéndose a la Culpa Leve, el Art. 1320 señala que *“Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias del tiempo y del lugar.”* Según la exposición de motivos de este artículo, citada por Palacio Pimentel, *“En la culpa leve a diferencia del dolo no hay intención de no cumplir; no hay mala fe de parte del deudor. Y a diferencia de la culpa inexcusable, no hay negligencia grave, sino tan sólo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción (culpa in faciendo) u omisión (culpa in non faciendo) no querida pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor o, generalmente a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de*

¹⁷⁵ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las Obligaciones”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2001. “Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. VI.” Tercera Edición. Pág. 205.

la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, ya sea que se trate de las personas, del tiempo y del lugar.”¹⁷⁶

Asimismo, Yuri Vega Mere, quien comentando los artículos 1319 y 1320 de nuestro Código manifiesta cierta opinión crítica respecto a esta distinción, señala lo siguiente *“Es más compleja la determinación exacta de la llamada culpa leve. Y es que con ella se alude a la omisión de la diligencia ordinaria en el cumplimiento de la obligación; más correctamente en el incumplimiento o en la ejecución inexacta. Se trata de la no observancia de los cuidados normales, ordinarios, que provendría, en la opinión doctrinal, de un hombre precavido, atento, ordenado. Por ello, la referencia a que se omite la habitual atención que tiene una persona cauta, puede causar cierta perplejidad. Y es que, si estamos ante un sujeto previsor, cauteloso, lo que se puede esperar es que no olvide las precauciones que exige la prestación objeto de la obligación. Omitir la ordinaria observancia de ciertos deberes o previsiones no parece ser, por lo tanto, un asunto de leve entidad. Que a alguien que se considere presto se le escape el cuidado común, implica una contradicción.”¹⁷⁷*

Sin perjuicio de las definiciones citadas, debemos tener presente que la graduación de la culpa es aplicable o tenida en cuenta para efectos de determinar la responsabilidad contractual, ya que en nuestra legislación, para determinar la responsabilidad extracontractual, no se hace indispensable (hay casos de responsabilidad objetiva) que se clasifique el grado de culpabilidad del agente, sino que ante la generación de un daño, basta el actuar culposo

¹⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 497.

para que se genere la obligación de resarcir.

Convenimos con Díez Picazo cuando señala que los comentaristas coinciden en afirmar –con una afirmación que ha de compartirse– que cuando en las normas definidoras de la responsabilidad civil extracontractual se habla de culpa, se comprenden todas las formas de culpabilidad. Como quiera, además, que los perfiles que definen la citada figura, hacen que ésta carezca de función punitiva, no presenta especial interés en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual establecer diferencias como hacen los penalistas entre el dolo directo y el eventual, la preterintencionalidad, la imprudencia grave y la imprudencia leve. Todas estas figuras, perfectamente definidas por la doctrina del Derecho Penal, acarrear importantes consecuencias en punto a la pena que ha de imponerse al autor de un delito o falta, obviamente distinta en uno y otros casos. En cambio, en la responsabilidad civil extracontractual, el resarcimiento integral del daño se produce cualquiera que sea la forma de culpabilidad que haya concurrido.¹⁷⁸

Como último comentario debemos indicar que, de acuerdo a lo señalado por los comentaristas nacionales de estos dos conceptos, los artículos citados del Código Civil están destinados a dar pautas generales o líneas directivas al Juez. Las situaciones de hecho son siempre distintas y ello origina una singular dificultad para apreciarlas con una idea abstracta y genérica, como –por ejemplo– la del buen padre de familia o la del comerciante leal y honesto. Lo

¹⁷⁷ VEGA MERE, Yuri. En la obra colectiva. “Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Obligaciones”. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo 2004. Tomo VI. Pág. 910.

¹⁷⁸ DIÉZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Derecho de Daños”. Editorial Civitas. Madrid 2000. Pág. 351.

que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta del causante del daño ante determinado evento, y no el proceder genérico de un miembro de la especie humana.

1.1.2.- La culpa in contrahendo: incumplimiento injustificado

Ya hemos definido el concepto de culpa, sus diversas clasificaciones y el significado del Art. 1319 de nuestro Código, y hemos visto que en general se asocia el concepto de culpa con una falta de diligencia del deudor o, en general, del autor del daño. Sin embargo, en lo que respecta al tema específico de la responsabilidad precontractual, es oportuno señalar que el término *culpa* adquiere mayor relevancia o, si se quiere, dimensiones más amplias que la sola alusión a la falta de diligencia.

En efecto, dice María Medina Alcoz, en coincidencia con lo señalado por Clara Asúa González, que no debe olvidarse que, aunque la doctrina emplea con frecuencia la expresión acuñada por el maestro alemán de responsabilidad por *culpa in contrahendo*, con ella no se quiere aludir a un criterio de imputación de responsabilidad (falta de nivel de diligencia exigible), sino al incumplimiento de determinados deberes en la fase precontractual.¹⁷⁹

Como hemos señalado, debemos tener presente que la responsabilidad precontractual se genera a raíz de una serie de supuestos en los que se producen daños por actuaciones en la etapa previa a la formalización de los

¹⁷⁹ MEDINA ALCOZ, María. “Responsabilidad Precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares”. Forum Casa Editorial. Lima 2006. Pág.73.

contratos. No debe identificarse únicamente dicha responsabilidad con la ruptura injustificada de las tratativas negociales, sino que también deben considerarse casos de responsabilidad precontractual a aquellos supuestos en los cuales un contrato se anula o se declara ineficaz por causal existente al momento de su celebración.

Criticando a aquellos que centran su análisis sólo en el primero de los supuestos detallados, Leysser L. León¹⁸⁰ señala que *“A la superación de la visión miope de la responsabilidad precontractual ya ha contribuido parte de nuestra doctrina. El resarcimiento de los daños producidos por la confianza en haber celebrado un contrato válido representan, indudablemente, un importante sector de la responsabilidad civil, el cual corre el riesgo de permanecer en la sombra en el medio nacional, debido, no sólo a la escasa atención de nuestros estudiosos, sino, por encima de todo, a la ausencia de una regla expresa en el Código Civil que establezca el carácter resarcible de estos daños.”* Añade luego el autor que, cuando Jhering publicó su famosa obra *“Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zum Perfection gelangten Verträgen”*, (*Culpa in contrahendo*, o del resarcimiento en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse), hizo referencia a diversos ejemplos de casos cotidianos en los que el problema estaba en establecer si, a pesar de la nulidad de los contratos, la persona que propiciaba el error, o a la que, de alguna manera, se podía achacar el error, incurría en alguna forma de responsabilidad y, por lo tanto, debía resarcir los daños

¹⁸⁰ LEÓN, Leyser L. “La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas”. Jurista Editores. Lima 2007. Pág. 594. En esta parte de su estudio, el autor cita la traducción del trabajo de Jhering al italiano, efectuada por Federico Procchi bajo el título “Della *culpa in contrahendo* ossia del

ocasionados al tratante que había creído formar parte de una relación regular.¹⁸¹

Se señala que hasta la publicación del trabajo de Jhering, se descartaba que el eventual establecimiento de un criterio de responsabilidad pudiera ser contractual, por cuanto, en estricto, no habría conseguido formarse ningún vínculo entre los celebrantes. Pero explica también que tampoco podían emplearse las reglas de la responsabilidad aquiliana porque en aquel contexto se observaba con rigor la tipicidad de los daños extracontractuales, que incluso luego se incluirían en la redacción del BGB.¹⁸² Del análisis efectuado, concluye que no son aplicables como fundamento, ni la *actio de dolo* ni la *actio legis Aquiliae*, institutos característicos de la legislación romana, a la responsabilidad nacida en el periodo precontractual, ya que no existía el elemento intencional que se requería para la primera, ni mediaban los requisitos de daño visible y material causado a objetos exteriores, exigidos por la segunda acción. Es decir que los casos que Jhering traía a estudio y que eran en realidad casos comunes y cotidianos, no tenían una solución legal satisfactoria. Por ello, el maestro alemán expone su teoría y demostró que el resarcimiento en esos casos de responsabilidad precontractual encontraban fundamento en la responsabilidad contractual del género.

De acuerdo a la traducción efectuada por Federico Procchi, citada por Leysser L. León, *“Para arribar a su objetivo, Jhering reformula el concepto de nulidad.*

risarcimento del danno nei contratti nulli o nun giunti a perfezione”, publicada por la Editorial Jovene, Nápoles 2005.

¹⁸¹ *Ibíd.* Pág. 598.

¹⁸² *Ibíd.* Pág. 600.

El juzga desacertada una concepción rígida de la nulidad, porque ésta designa, no la ausencia de todos los efectos de un negocio jurídico, sino solamente la de algunos. Como los contratos existen para ser cumplidos, el deber de cumplir será el fin primario de aquellos, pero ello no significa que el contrato nulo, por no dar pie a tal deber, no genere obligaciones de 'otro tipo'. 'Si falta el efecto principal del contrato, no necesariamente tienen que sufrir la misma suerte los efectos accesorios. La celebración de un contrato no genera sólo una obligación de cumplimiento, sino también, según los casos, una obligación de resarcimiento del daño, cuando la ejecución deviene imposible a consecuencia de algún impedimento legal.

El fundamento de la responsabilidad así trazada es de tenor subjetivo: la culpa in contrahendo. 'No sólo las relaciones contractuales existentes, sino las que van naciendo deben estar bajo la protección de las reglas de la culpa, de modo tal que las relaciones contractuales no se comprometan gravemente y que ningún contratante sea abandonado frente al peligro de devenir víctima de la negligencia ajena'. Para Jhering, la 'diligencia contractual' (contractlichen diligentia) 'es requerida en las relaciones contractuales en fase de formación y en las relaciones contractuales ya perfeccionadas. La inobservancia de dicha diligencia da lugar, en ambos supuestos, a la acción contractual para el resarcimiento del daño. Todo contratante debe responder de la certeza de su declaración de voluntad. Si esta declaración es comprometida por un vicio que ha frustrado realmente la perfección del contrato, en la cual la contraparte creía, se debe el resarcimiento del daño. Un error de escritura acerca de puntos esenciales del contrato, como el monto o la dirección por ejemplo, comporta la nulidad del contrato y, a título de culpa in contrahendo, una

obligación de resarcimiento de los daños’. ”¹⁸³

Así pues, la explicación que dan los autores acerca de la verdadera intención que tuvo Jhering al señalar que la responsabilidad precontractual era por *culpa in contrahendo*, nos lleva a pensar en un concepto mucho más amplio y general del término culpa allí utilizado. Asúa González, en un excelente análisis de los antecedentes históricos de esta figura, explica esto de la siguiente manera, “Según lo dicho, la concepción originaria de la responsabilidad por culpa in contrahendo puede ser resumida así: quien haya sufrido daños debido a la nulidad del contrato –el origen de la nulidad puede ser relativamente amplio y estar en relación con el sujeto, objeto o consentimiento– puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la justificación o la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una culpa in contrahendo en el declarante, culpa que se extiende no tanto como criterio de imputación subjetivo, sino que se viene a identificar con la antijuridicidad.”¹⁸⁴

Explica la misma autora más adelante que dicho término se utilizará también para referirse a la responsabilidad derivada de la invalidez de un contrato por actuaciones en el período de su formación. Entonces es innegable que, para la doctrina y jurisprudencia generada a raíz de los primeros estudios de Jhering y de los que lo sucedieron, el término *culpa in contrahendo* no se circunscribe

¹⁸³ *Ibíd.*, Pág. 601.

¹⁸⁴ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “La *Culpa in contrahendo*. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)”. Servicio Editorial Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág.29.

únicamente al clásico concepto de la culpa como factor de atribución subjetivo de responsabilidad, sino que va más allá y se extiende a otros supuestos de actuaciones que determinan la invalidez del contrato por actos cometidos antes de su celebración.

Siguiendo con esa línea de argumentación, es oportuno recordar que cuando analizamos las etapas de formación de los contratos, habíamos dejado sentado el hecho de que las actuaciones que se suscitan entre las partes tratantes en la etapa previa a la formalización del contrato mismo, constituyen declaraciones y/o actuaciones formales y por lo tanto, se establecen deberes para las partes. El contacto negocial¹⁸⁵ torna aplicable deberes de conducta extraíbles de principios generales del Derecho, como el *neminem laedere* (pero no como aspecto central de su justificación, como vamos a ver más adelante, sino como un elemento adicional a otros más importantes, como el deber de actuar de buena fe y el deber de respetar conductas estándares en la negociación), o que son inferibles de pautas de conducta común a todos los actos jurídicos bilaterales. Estos grandes principios se traducen en deberes específicos de conducta entre los que mencionamos el de cooperación y el de información, sin ignorar la existencia de otros que concurren en contratos específicos.

a) Deber de cooperación.- Consiste en definitiva en colaborar con la otra parte en la celebración del contrato asumiendo conductas activas, una de cuyas

¹⁸⁵ Clara Asúa González explica que para que dicho contacto se produzca, es suficiente con que alguien penetre en un ámbito del cual otro es responsable y que ello sea iniciador de una situación negocial, de modo que lleve en sí al menos la posibilidad de conducir, en esa ocasión o más tarde, a la realización de un negocio. ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “La *Culpa in contrahendo*. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)”. Servicio Editorial Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág. 60.

manifestaciones más frecuentes es el de proporcionar información y evitar la realización de gastos innecesarios por la otra parte.

b) Deber de información.- Es el referido a intercambiar información sobre los aspectos conducentes a la celebración del contrato. Este deber de informar debe satisfacerse bajo diversos aspectos: El negociante debe informar sin reticencia sobre lo que conoce. El negociante tiene el deber de adquirir la información que ignora. Citando a Roppo, Freddy Escobar Rozas señala que el deber de informar encuentra su justificación en la necesidad de corregir la situación de asimetría que usualmente se presenta en las negociaciones. Por tal razón, en cumplimiento de dicho deber, la parte que conoce (o que debiera conocer) ciertos datos relevantes de la operación tiene que hacérselos saber a la otra, en caso de que esta última no los conozca (o no debiera conocerlos).¹⁸⁶

c) Deber de custodia.- Es frecuente que una de las partes del futuro contrato envíe a la otra la cosa a fin de que la examine o pruebe. Si incumple el deber de custodia de la cosa o de conservación, la responsabilidad que se le imputará será de orden precontractual.

Los detallados anteriormente, se constituyen como los deberes más importantes de las partes tratantes. A raíz de lo estudiado hasta el momento, y siguiendo los ejemplos citados por Jhering, puede afirmarse la existencia de responsabilidad precontractual surgida en la fase de preparación del contrato en los supuestos de:

- Contratos nulos por causas surgidas en la fase de formación del contrato imputables a una de las partes,
- Accidentes acaecidos durante los tratos,

- Ruptura injustificada de las conversaciones preliminares,
- *Conversaciones iniciadas de mala fe o prolongadas sin llegar a concluirse el contrato, y,*
- Acuerdo verbal previo con desistimiento de una de las partes al llevarlo a escritura pública.

Estos supuestos, que en modo alguno constituyen *numerus clausus*, muestran que ante su presencia, hay siempre una parte tratante perjudicada y otra parte que, aunque quizás sin un beneficio pecuniario visible, se constituye en causante de un daño que debe ser resarcido. Entonces, por nuestra parte creemos conveniente afirmar que en los casos de responsabilidad precontractual, el responsable incumple injustificadamente sus deberes, deberes que son impuestos por el contacto negocial en el que se ha visto inmerso con su contraparte, de manera voluntaria y, por lo tanto está en la obligación de asumir las consecuencias perniciosas de su accionar.

Ya hemos aclarado que, si bien no hay una relación contractual en el sentido estricto o clásico del término, los tratantes han entrado en conversaciones orientadas a perfeccionar un contrato (cuando hablamos de la ruptura injustificada de las negociaciones) y si es que éstas han llegado a tal punto que han generado objetivamente una confianza suficiente en la otra parte de que el contrato se llegaría a perfeccionar, el apartarse de las mismas sin motivo alguno será motivo para que se asuman las reparaciones a los daños causados.

¹⁸⁶ ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (el caso del artículo 207 del Código Civil peruano). Artículo publicado en Themis – Revista de Derecho. Segunda

Así pues, Díez Picazo señala que, en estos tratos preliminares “no hay entre los interesados una verdadera relación jurídica, pero si una evidente relación social o, como dicen los alemanes, un ‘contacto social’. Pues bien, por el hecho de relacionarse o de entrar en contacto las partes, asumen unos determinados deberes. Quedan obligadas a comportarse con la buena fe necesaria y a observar en los tratos la lealtad que exigen las convicciones éticas imperantes. Estos deberes de veracidad y de buena fe pueden tener un alcance muy diverso. Por ejemplo: veracidad de las informaciones que se suministran, diligencia en responder, secreto.”¹⁸⁷ Si bien compartimos lo señalado por el autor, consideramos más conveniente referirnos a esa relación entre los tratantes como *contacto negocial*, antes que *contacto social*, dado el carácter más subjetivo o coloquial que se podría inferir de este último término.

Evidentemente, cuando hablamos de contratos que han sido declarados nulos por haberse generado una causal al momento de su celebración, es claro que el contratante culpable de la causal de ineficacia es responsable por los daños ocasionados en su contraparte, ya que se comprueba el incumplimiento de sus deberes de lealtad que le exigen el Derecho y la ética.

En tal sentido, siempre que existan supuestos de responsabilidad precontractual o, por *culpa in contrahendo*, se debe entender que el culpable debe asumir los daños ocasionados, por haber incumplido con los deberes que se generan a partir de ese contacto negocial.

Epoca N° 49. Lima 2005. Pág. 158.

1.1.3.- Ubicación temporal de la *culpa in contrahendo*: el sentido del artículo 1362.

“En Alemania –dice Leysser L. León– la responsabilidad in contrahendo abarca, según refiere Canaris, los siguientes supuestos: (i) la responsabilidad en el caso de la celebración de un contrato inválido (por ejemplo, cuando una de las partes causa conscientemente un disenso, o si guarda silencio sobre la necesidad de obtener una autorización para la procedencia del contrato, por parte de la autoridad administrativa o estatal); (ii) la ruptura injustificada de las tratativas; (iii) los casos en que se responde cuando una parte, antes de la celebración de un contrato, ocasiona un daño a la otra, en los bienes jurídicos de ésta que no tienen relación con el contrato (como una lesión corporal o un daño a una cosa de su propiedad); y (iv) los casos en que el contrato se celebra, pero en condiciones desfavorables para una de las partes, como ocurre por ejemplo, cuando el transferente de una empresa presenta al adquirente un balance falso, en cuyo caso, la jurisprudencia reconoce al afectado la posibilidad entre la anulación del contrato o la disminución del precio de la adquisición, siempre por culpa in contrahendo.”¹⁸⁸

En nuestro Código Civil, el artículo 1362 se ha constituido en el fundamento jurídico legal para justificar la existencia de la responsabilidad precontractual, ya que de su interpretación se extrae la obligación de las partes tratantes de observar los deberes de lealtad en la etapa de las tratativas. Su redacción,

¹⁸⁷ DIÉZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Editorial Civitas. Madrid 1996. Quinta edición. T. I Pág. 271.

¹⁸⁸ LEÓN HILARIO, Leysser L. “El sentido de la codificación civil. Estudio sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano”. Palestra Editores. Lima 2004. Pág. 220.

exigua y muy poco reveladora, ha dado lugar a que sea la doctrina nacional la que procure darle una definición adecuada a fin de poder enmarcar su contenido dentro de la tesis de la *culpa in contrahendo*.

Dice dicho artículo que **“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”**. Como vemos, no hay una referencia expresa al tipo de responsabilidad específica ni a las consecuencias que se derivan de la inobservancia de dicho precepto. Sin embargo, es oportuno analizar un poco más en detalle dicho precepto.

En principio, queda reconocido plenamente a nivel legislativo el *iter negocial* al que hacíamos referencia cuando nos referíamos a las etapas de formación de los contratos. Esto es sumamente importante y no podemos dejar de puntualizar su trascendencia. El artículo en mención se encuentra ubicado en el Libro VII de nuestro Código, que trata acerca de las “Fuentes de las Obligaciones”, en el Título I, “Disposiciones Generales” de la Sección Primera denominada “Contratos en General”. Como sabemos, en esta parte del Código se regulan fundamentalmente los aspectos que se deben tener en cuenta para la validez de los contratos y las consecuencias que se derivan de su ejecución. En buena cuenta, se regulan todos los aspectos relativos a la vida útil de los contratos. Resulta pues conveniente que se haya estipulado en esta parte del Código, una norma que prevé ciertas reglas de conducta que deben observarse, no sólo en la etapa de ejecución de un contrato, sino en la etapa previa a su celebración.

Max Arias-Schreiber ¹⁸⁹ señala como antecedentes de dicha norma al artículo 1328 del C.C. de 1936 (*“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*) y al artículo 1337 del C.C. Italiano de 1942 (*“Negociaciones y responsabilidad.- Las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe”*). Dice el autor que *“debe ponerse énfasis que la buena fe y común intención tiene que existir no sólo al momento de la celebración o con posterioridad a ella, sino también en la etapa de su negociación o tratativas. Nosotros fuimos partidarios de que se consignara una regla conforme a la cual la ruptura injustificada de la negociación permitiese a quien sufriera sus consecuencias exigir el resarcimiento de los daños y de los gastos realizados. Empero, fue criterio de la Comisión Revisora no incorporar un precepto de esta naturaleza, pese a que existen dos parecidos en la legislación comparada y, concretamente, en los artículos 1337 del Código Civil italiano (ya citado) y 465 del Código Civil boliviano (“Art. 465.- Culpa Precontractual. En los tratos preliminares y en la formación del contrato las partes deben conducirse conforme a la buena fe, debiendo resarcir el daño que ocasionen por negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causales que invaliden el contrato”)*.

No obstante ello, el artículo 1362 se refiere a la negociación contractual, por lo que en definitiva, pensamos que su ruptura injustificada dará siempre lugar a una reparación, apreciada en virtud de las normas relativas a la

¹⁸⁹ ARIAS-SCHREIBER PEZET , Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo I. Contratos: Parte General”. Gaceta Jurídica Editores. Lima 1995. Pág. 117.

responsabilidad extracontractual, contenidas en los artículos 1969 y siguientes del Código Civil.” Pues bien, el autor nos da una clara visión acerca de la posición que tenían los miembros de la “Comisión para el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936”, más conocida como “Comisión Reformadora”, que se constituyera, a partir del 1 de marzo de 1965; y definitivamente su versión tiene un valor incuestionable, dado que a él mismo, junto con Félix Navarro Irvine, Jorge Eugenio Castañeda y Jorge Vega García, como miembros integrantes de dicha Comisión, se les encomendó desarrollar lo relacionado con las Obligaciones y Contratos. Anecdóticamente podemos señalar que la Comisión Revisora (creada para elaborar el Proyecto final del Código, en función al anteproyecto presentado por la Comisión Reformadora), mediante Oficio N° 097-84-CRCC, de fecha 5 de julio de 1984, entregó su proyecto final al entonces Ministro de Justicia, **Dr. Max Arias-Schreiber Pezet**, luego de haber celebrado 225 sesiones y efectuado 7 revisiones integrales. El 24 de julio de 1984, en ceremonia realizada en el Palacio de Gobierno, quedó promulgado el Código Civil de 1984, el cual entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

En sus comentarios al Libro de Contratos, Manuel de la Puente y Lavalle¹⁹⁰ nos ilustra acerca de los antecedentes del artículo 1362, y cuales fueron las propuestas originales que se formularon con respecto al tema de la responsabilidad precontractual. Según este autor, los artículos 5 y 10 de la Ponencia original tenían la siguiente redacción:

“Artículo 5.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de

¹⁹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General”. Palestra Editores. Lima 2003. T. I. Pág. 327.

las partes.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la común intención de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo.

Artículo 10.- En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, las partes deben comportarse de buena fe.

La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo obliga a satisfacer los gastos que pueda haber incurrido la parte perjudicada”.

Nos dice el autor que dicha propuesta tuvo una serie de modificaciones, pero lo que se puede rescatar de las distintas versiones que se fueron proponiendo era que, en todas ellas, se preocuparon en dejar en claro que el perjudicado por la ruptura injustificada en las negociaciones tenía expedito el derecho de exigir una indemnización por los daños y gastos en los que hubiese incurrido. Incluso dice el autor que *“en el artículo 1380 del Anteproyecto de la Comisión Revisora se modificó el artículo 1380 del primer Proyecto, dándole la siguiente redacción: Artículo 1380.- Quien de mala fe rompe las negociaciones previas a un contrato está obligado a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resultaren.”*¹⁹¹ Sin embargo, como hemos podido comprobar, el texto final del Código Civil no conservó las propuestas previas y simplemente se optó por enunciar la regla general contenida en el artículo 1362, el mismo que en realidad no genera mayor satisfacción a la hora de hacer su análisis, puesto que, justamente por su redacción escueta, obliga a la doctrina a elaborar justificaciones para determinar si es que la problemática de la responsabilidad por la ruptura de las negociaciones y, en líneas generales, la

¹⁹¹ *Ibíd.*. Pág. 328.

responsabilidad por los daños generados en la etapa de las tratativas precontractuales, son de naturaleza contractual o extracontractual.

Ahora bien, es evidente que la redacción final del artículo 1362 ha puesto énfasis, aunque sea de una manera general, en aquellos deberes de las partes tratantes, a los que ya nos hemos referido en líneas anteriores, es decir a actuar según los deberes de la buena fe y de la común intención de las partes. Este último precepto, nos dice Leysser León¹⁹², deriva de la lengua jurídica francesa y está contenido en el artículo 1156 del *Code Napoléon*. Según dicho autor, el precepto francés fue luego importado al Código italiano, desde donde seguramente se tomó para incluirlo en nuestra propia legislación.

Sin embargo, León presenta una dura crítica a la redacción del artículo 1362, cuando dice que *“todas las referencias anteriores permiten apreciar, con certeza, que en la poco feliz redacción de nuestro artículo 1362 se han reunido una regla de comportamiento, derivada del Código Civil italiano y, más en general, del BGB, y un retazo del enunciado literal de un principio derivado del Code Napoléon y, secundariamente, del Código Civil italiano, que impone al interprete de los contratos la ‘búsqueda de la común intención de las partes’”*¹⁹³ Para el autor, la expresión “común intención de las partes” no debería haberse considerado en la ubicación que actualmente tiene en el Código Civil, ya que ella más bien *está orientada a significar el objeto cuya búsqueda es reconocida como criterio hermenéutico en otros ordenamientos* y, añade, no es útil, según sus apreciaciones, como principio de integración del contenido del contrato, como sí lo es la buena fe, en la ejecución del mismo. No obstante, vemos que resalta el contenido de la buena fe, principio que sí sería útil al momento de tomarlo como respaldo legal para efectos de fijar montos resarcitorios por rompimientos de tratativas de manera injustificada.

¹⁹² LEÓN, Leysser L. “La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.” Jurista Editores. Lima 2007. Pág. 573.

¹⁹³ *Ibíd.*. Pág. 574.

Una posición distinta es la que tiene Leonardo Pérez Gallardo, quien al comentar el aspecto de la “común intención de las partes” contenida en el artículo 1362 señala que *“no dejaría de ser interesante el hecho de que la común intención deba ser interpretada en correspondencia con la ‘voluntad común’ regulada en el precepto atinente a la obligatoriedad contractual (1361), no tienen por qué ser identificadas a plenitud, una cuestión es que ‘deba ser entendida’ y otra que realmente lo sea. Desde este ángulo de análisis tendría mejor cabida la posibilidad de que la común intención, derivada como regla según el animus legislatoris, parificada a la buena fe en su dimensión objetiva, resulte de aplicación a la primera fase, o sea la de negociación contractual, cuando no es posible hablar aún de partes contratantes, como lo hace el legislador, ni de voluntad común, pero sí de común intención de los sujetos tratantes. Extremo que preocupó al eximio profesor peruano (refiriéndose a Manuel de la Puente y Lavallo) cuando en su razonamiento lógico en pos de la aplicación de la voluntad común en las tres fases a las que alude el precepto en cuestión, deja en entredicho la existencia de una verdadera voluntad común en la fase de negociación, lo cual es cierto, mas no puede dubitarse que la intención común deba ser una regla informadora de esta etapa del iter negocial, en cuanto para iniciar las tratativas contractuales, se requiere una intención común de los sujetos interesados en tratar de formar el consentimiento contractual, lo cual no quiere decir que, en efecto, en esta fase los sujetos parten de intereses contrapuestos o divergentes, eje del futuro acuerdo de voluntades, pero es que el solo hecho de iniciar las tratativas requiere una intención común de los sujetos dirigida a llevar a buen fin esta etapa de formación del contrato, hasta concretarlo definitivamente.”*¹⁹⁴

Cabe anotar en este punto que, coincidentemente, bajo el Capítulo IV *De la Interpretación del Contrato*, el **artículo 1362** del Código Civil italiano dispone lo siguiente: *“Artículo 1362.- Intención de los contratantes.- Al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.*

¹⁹⁴ PEREZ GALLARDO, LEÓNARDO B. Comentario al Artículo 1362 en la obra colectiva “Código Civil. Comentado”. Gaceta Jurídica. Lima 2007. Segunda Edición. T. VII. Pág. 106.

Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aún posterior a la conclusión del contrato.”

En nuestro propio Código, el **artículo 168** establece las reglas de interpretación de los actos jurídicos en general, señalando que *“El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.”*

Comentando la norma italiana, se dice que *“La regla general que abre íntegra la disciplina de la interpretación del contrato impone verificar cuál fue el significado que las partes concordemente le atribuyeron a la declaración realizada.*

Dicho significado puede ser eventualmente disconforme con el usual de las palabras (y en general de los medios expresivos empleados), y sin embargo debe siempre considerarse prevaleciente, tanto en la hipótesis en que la declaración deje márgenes de incertidumbre, como en la hipótesis de que, considerada en sí, tenga un alcance unívoco.

Es lo que dispone el art. 1362, donde se prevé que al interpretar el contrato se ha de “indagar cual fue la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras”¹⁹⁵.

En consecuencia, la común intención a la que se refiere el artículo 1362 de nuestro Código, es perfectamente aplicable a la etapa de las tratativas precontractuales que las partes llevan a cabo y debe interpretarse como esa coincidencia de voluntades orientadas a celebrar un negocio jurídico determinado. Este elemento es importante para efectos de determinar, en la etapa patológica de este contacto negocial, si es que efectivamente se violaron aquellos deberes jurídicos de la partes, especialmente el de confianza, lo cual nos permitirá, entonces, imputar responsabilidad en el quebrantador de aquellos deberes.

¹⁹⁵ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, BUSNELLI, Francesco D., NATOLI, Ugo. “Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos.” Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1995. T.I.Vol.2. Pág. 981.

Siguiendo con el análisis del artículo 1362, podemos concluir en que, lamentablemente, es el único que existe en el Código peruano en el que se hace referencia a los deberes que se deben observar en la etapa precontractual (esto, si excluimos los principios generales contenidos en el Título Preliminar, ya que en ellos no se menciona de manera expresa los deberes precontractuales por ser, justamente, principios de aplicación general). Si bien existen otros supuestos normativos en los que se ubica temporalmente el ámbito de la responsabilidad precontractual (negocio jurídico nulo por error o vicios al momento de su celebración), es evidente que nuestra doctrina debe centrar su mira en el análisis de este preciso artículo a fin de desarrollar el concepto de la *culpa in contrahendo* en nuestro sistema jurídico, aún cuando en otras legislaciones, este tema ha tenido mayor acogida.

En Francia, sin embargo, quizás por tener uno de los primeros Códigos civiles, no existe una regulación específica del supuesto, no obstante lo cual ha sido pacíficamente reconocido en el nivel jurisprudencial y doctrinal. Las soluciones a estos casos se reconducen al artículo 1382 del *Code*, que impone la obligación general de reparar el daño ocasionado con dolo o culpa, tal cual hace, entre nosotros, el artículo 1969 del Código Civil vigente. Así pues, en el ordenamiento jurídico francés, entonces, la ruptura maliciosa de las tratativas (*pourparlers*) es considerada como un acto ilícito, generador de responsabilidad “delictual” (*délictuelle*) –o extracontractual (*extracontractuelle*), según la terminología que, desde cierto punto de vista, hemos heredado– y es la víctima del perjuicio, por lo tanto, la que tiene que probar la culpa (*faute*) del tratante al que se imputa la frustración de la operación.

Si en cambio analizamos los antecedentes legislativos del tema en el Derecho alemán, vamos a ver que la teoría de Jhering fue acogida, aunque no plenamente, por el BGB. *“El caso es que el estudio de Jhering sobre la culpa in contrahendo se publicó en su revista Anales para la Dogmática, en 1861. Era un trabajo bien conocido, entonces, por los padres del BGB. Sin embargo, en el texto del Código Civil alemán no se estableció ninguna norma que dispusiera con carácter general el deber de resarcimiento del daño por responsabilidad precontractual. El tratamiento de la figura fue más bien fragmentario y limitado*

a la hipótesis del contrato afectado por un vicio que lo vuelve inválido: en un párrafo se establece el deber de resarcimiento para el supuesto de la invalidez de l contrato por error o por falta de seriedad de la declaración de voluntad (§ 122); en otro, el del contrato en que la prestación, a sabiendas de una de las partes, resulta imposible (§ 307); y en otro, el del contrato celebrado por alguien que no es representante, “*falsus procurator*” y que, por ende, carece de poderes para ello”¹⁹⁶

Por otra parte, se señala que la teoría de Jhering, asumida en gran medida por Windscheid, encontró indiscutiblemente acogida en el BGB, ya que en distintos preceptos de dicho cuerpo legal se estableció una obligación de indemnizar en casos de *culpa in contrahendo*. Aunque en el BGB no se menciona dicho concepto en forma específica, en los materiales que reflejan la distintas etapas de su elaboración ya se había hecho referencia, no sólo a los casos de responsabilidad precontractual, sino que también se mencionaba el término de culpa in contrahendo.¹⁹⁷ Sin embargo, si bien en el BGB se citaba la obligación de responder por los daños causados en la etapa precontractual, se omitía calificar la naturaleza de dicha responsabilidad.

Así por ejemplo, el § 122 del BGB se establecía la responsabilidad del declarante en caso de nulidad de la declaración por falta de seriedad:

“§ 122.- *Si una declaración de voluntad resulta nula de acuerdo al §118 o anulada en virtud de los §§ 119 y 120, el declarante está obligado , cuando la declaración había de emitirse frente a otra persona, a indemnizar a ésta o en su caso a un tercero los daños que ella o el tercero sufran por haber confiado en la validez de la declaración, sin que, sin embargo, esta reparación pueda superar el importe del interés que la otra parte o el tercero tengan en la validez de la declaración.*

¹⁹⁶ LEÓN HILARIO, Leysser L. “El sentido de la codificación civil. Estudio sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano”. Palestra Editores. Lima 2004. Pág. 224.

¹⁹⁷ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos. ” Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág.32. En el pie de página que el autora hace en la nota 32, se hacen referencias a los distintos proyectos preliminares del BGB en donde se había propuesto la inclusión de los casos de culpa in contrahendo con dicha denominación.

No hay obligación de indemnizar si el dañado conocía o debido a su negligencia ignoraba (debía conocer) la causa de la nulidad o de la anulación.” Por lo tanto, en estos casos quien emite la declaración está obligada a resarcir. Con esta norma se pretendía salvaguardar los intereses de aquella persona que confía en la validez de una declaración que bien es nula o resulta anulada. No debe perderse de vista que la doctrina dominante en la Alemania del siglo XIX era la *Willenstheorie* (teoría voluntarista), según la cual cualquier divergencia entre la voluntad querida y lo declarado debía decantarse a favor de lo querido, por ello la solución adoptada en el BGB tiene esa orientación.

También se consagró la obligación de indemnizar en el § 307, en donde se señala que: “**§ 307.-** *Quien al realizar un contrato que tiene por objeto una prestación imposible, conocía o debía conocer la imposibilidad de la prestación, queda obligado a la indemnización del daño que la otra parte haya sufrido por haber confiado en la validez del contrato, sin que, sin embargo, la reparación pueda superar el importe del interés que la otra parte tena en la validez del contrato. No hay obligación de indemnizar si la otra parte conocía o debía conocer la imposibilidad.*

Estas disposiciones son de aplicación oportuna si la prestación es imposible sólo en parte y el contrato es válido en la parte posible o si es imposible una de las varias prestaciones prometidas alternativamente.” En este caso, el obligado a indemnizar es quien hubiera conocido o debía conocer la imposibilidad y el sujeto pasivo es quien habrá confiado en la validez del contrato.

La responsabilidad en caso de nulidad por imposibilidad originaria objetiva de la prestación está indudablemente ligada a los orígenes de la teoría del culpa in contrahendo, así como su desarrollo posterior y, a diferencia del § 122, el § 307 continúa en la actualidad considerándose como un caso codificado de responsabilidad por culpa in contrahendo, siendo elemento determinante para ello que se trató de una responsabilidad por culpa.¹⁹⁸

¹⁹⁸ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos.” Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág.147.

Como ya hemos puntualizado, si bien en el BGB están recogidas en gran medida las teorías de Jhering, no se materializó de manera específica el concepto de la *culpa in contrahendo* como figura legislativa. Sin embargo, es menester señalar que la teoría de Jhering no fue la única, como dice Sozzo, ya que “...si así hubiese sido, no se explica cómo de una concepción tan restrictiva... pudo llegarse a la construcción de un verdadero sistema de responsabilidad en el derecho alemán, sin que hubiesen sobrevenido otros elementos”¹⁹⁹ El autor explica que tales elementos fueron aportados por Leonhard, quien en 1910 lanzó su teoría de la “culpa en la realización del contrato”, que trata de realizar el objetivo de pasar de una responsabilidad por culpa en un contrato inválido a una responsabilidad que abarcara, con mayor generalidad, todos los casos de actuaciones lesivas en el período de formación del contrato por comportamientos negligentes de la contraria. Esto último constituía una verdadera necesidad, pues se trataba de supuestos que no podían ser solucionados en el derecho positivo alemán, pues no ingresaban dentro de los supuestos de *culpa in contrahendo* ni de la responsabilidad extracontractual. Este autor incluye en la construcción de la responsabilidad precontractual, además de los contratos inválidos, un segundo género o grupo de casos: los contratos válidos, mantiene la exclusión de los supuestos en los que las negociaciones se interrumpen sin llegar a perfeccionarse negocio alguno. En ellos, la responsabilidad del declarante estaba dada por la inobservancia de los deberes de información precontractuales. Para este autor, el interés a indemnizar es el interés de cumplimiento, rechazando la tesis de los daños al interés negativo de Jhering, por supuesto, siempre que se haya celebrado un contrato válido.

Otro autor que contribuyó con la estructuración de la tesis de la *culpa in contrahendo* según el BGB fue Siber²⁰⁰, quien llevó adelante la tarea de unificar las teorías de Jhering y Leonhard, sosteniendo que la responsabilidad en la formación del contrato derivaba de la inobservancia de los deberes de información, con independencia de la celebración o no de un contrato válido.

¹⁹⁹ SOZZO, Gonzalo. “Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual.” Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires 2005. Pág. 26.

En consecuencia, al separar la virtualidad del deber precontractual de la celebración de un contrato válido, de modo que la obligación de reparar pueda intervenir aún sin existir éste, globaliza tanto el principio de responsabilidad por actuaciones lesivas en el curso de la negociación contractual, que en el mismo pueden incluirse, de igual forma, los supuestos hasta entonces tradicionales de culpa in contrahendo (derivados de la invalidez contractual) y los de la culpa en la realización del contrato.

Sin embargo, es recién a partir de la sentencia del Reichgericht del 5/4/1922 que, además de tomarse la tesis de Siber, se reconoció jurisprudencialmente la existencia de un tercer grupo de casos de responsabilidad en la formación del contrato: los supuestos de ruptura de las negociaciones. En dicha sentencia se reconoce una obligación de indemnizar por un comportamiento negligente en el período de preparación del contrato sin que se hubiera procedido a la celebración de un contrato válido. Se trataba en aquella ocasión, de una negociación en la que existió un error por las dos partes; ambas se habían tomado recíprocamente por compradores, cuando lo que las dos deseaban era vender y por ello al otorgar el consentimiento contractual lo hicieron en el mismo sentido (disenso). Se consideró que no existía ningún contrato y que a pesar de que en las dos partes hubo negligencia, ésta fue muy superior en una de ellas, razón por la que se le obligó a reparar los daños sufridos. Precisamente a partir de esta sentencia, se empieza a emplear a nivel jurisprudencial el término de culpa in contrahendo tanto para los supuestos derivados de la invalidez contractual como los de la culpa en la realización del contrato.²⁰¹

La reforma en el Derecho de Obligaciones del BGB (enero de 2002), ha traído más de una precisión al respecto. Así por ejemplo, se ha codificado de manera definitiva el aspecto referido a la responsabilidad por infracción de los deberes precontractuales por ruptura de las tratativas. Con la reforma, se ha reconocido normativamente que una relación obligatoria, con los deberes que ella

²⁰⁰ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos.” Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág. 46.

²⁰¹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. Op. Cit. Pág. 51.

involucra, puede surgir de las tratativas precontractuales, lo cual ha sido considerado en el § 311, según veremos a continuación:

§ 311.- Relaciones obligatorias de carácter negocial y cuasinegocial.- *Para la constitución de una relación obligatoria mediante un negocio jurídico, así como para la variación del contenido de una relación obligatorias, es necesaria la celebración de un contrato entre las partes interesadas, salvo disposición en contrario.*

Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241.2º párrafo también nace:

- 1. Mediante la iniciación de tratativas contractuales (die Aufnahme von Vertragsverhandlungen).*
- 2. Mediante la preparación de un contrato con el cual una parte da a la otra, con miras a una eventual relación negocial, la posibilidad de influir en sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía.*
- 3. Mediante contactos de carácter cuasinegocial.*

Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241.2º párrafo, puede producirse entre personas que en definitiva no serán parte en el contrato. Tal relación obligatoria se produce especialmente cuando un tercero exige para sí una confianza especial y a través de ésta influye notablemente en las tratativas o en la celebración (Vertragsschluss) del contrato.”

Así pues, se ha zanjado normativamente un tema que, como se ha dicho, era naturalmente aceptado por la doctrina y jurisprudencia, incluyéndolo dentro de la reforma del Código alemán. *“La incorporación legal supone sin duda un cambio sustantivo, pues ya no estamos ante una figura extra o paralela cuya legitimación haya de buscarse en la costumbre. Sin embargo, este cambio sólo afecta a la justificación o fundamentación del instituto pues en los demás, como veremos, el legislador casi nada ha reformado y se mantiene el statu quo”*²⁰²

²⁰² ASÚA GONZÁLEZ, Clara, HUALDE SANCHEZ, José Javier. “Codificación de la culpa in contrahendo en el Derecho alemán”. Artículo publicado en la obra colectiva “Estudios en homenaje al Profesor Luis DIÉZ-Picazo”. Comité organizador Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montes Penadés, Antonio Manuel Morales Moreno, Fernando Pantaleón Prieto. Thompson Civitas. Madrid 2003. T. II. Pág.1417.

Vemos así que, si bien por un lado es innegable que el aporte de Jhering fue considerado en la elaboración del BGB, originalmente no se consagró de manera específica a la culpa in contrahendo dentro de sus postulados (pese a que en los proyectos de elaboración del mismo se había contemplado dicha posibilidad). Fue la doctrina y la jurisprudencia la que se encargó de enriquecer la figura. Pero ello no significa que otras legislaciones no adoptaran otra posición.

El Código Civil italiano de 1942 (del que nosotros hemos tomado un gran número de disposiciones, importándolas y acomodándolas no siempre con buen criterio. Así lo puntualiza Manuel de La Puente y Lavallo, quien citando a Arias-Schreiber en su ponencia sobre la exposición de motivos del Libro VII del Código Civil dice que *“en el curso de este trabajo veremos cuáles han sido las fuentes del Código en materia contractual. Adelantándome, señalo que si bien permanecemos fieles a nuestra tradición jurídica en todo lo que tenía de rescatable, y por lo que muchas de las disposiciones del nuevo Código repiten en el fondo y a veces también en la forma, las normas del Código Civil de 1936, no puedo desconocer la enorme influencia que ha tenido el Código Civil italiano de 1942, lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta que es el producto de una avanzada cultura y que, en su conjunto, presenta depurada técnica legislativa”*²⁰³), ha sido un poco más preciso en describir los casos de responsabilidad precontractual por apartamiento injustificado de las tratativas.

Así, se señala en el **artículo 1337** que *“Las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe.”* Este artículo es la norma central en torno a la cual gira la teoría de la responsabilidad precontractual en el Derecho italiano. Los deberes impuestos a las partes en la etapa de la negociación de los contratos, aleja las dudas dejadas en el BGB. La buena fe a la que se alude en este artículo es, sin

²⁰³ DE LA PUENTE Y LAVALLO, Manuel. “Influencia del Código Civil Italiano en los libros de las obligaciones y contratos en la codificación peruana”. Artículo publicado en “Estudios sobre el Contrato en General. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942 – 2002)” Ara Editores. Lima 2003. Pág. 58.

duda alguna, la buena fe en sentido objetivo, de ahí el deber de indemnizar los daños causados por el quebrantamiento de dicho precepto.

Sobre este artículo Pier Giuseppe Monateri ha dicho que *“el punto de partida de la doctrina italiana es la tesis de origen alemán que postula la naturaleza contractual de esta responsabilidad; la razón que se esgrime es que la responsabilidad in contrahendo no se deduce del deber genérico del neminem laedere, sino del incumplimiento de una obligación de diligencia que emana de la relación precontractual. Con notable insistencia se destaca que el deber impuesto en el artículo 1337 cod. civ. no está dirigido erga omnes, cual si se tratara de una aplicación del principio de neminem laedere, constituiría, más bien, un deber que recae sobre personas específicas, y la violación del mismo, por mediar incumplimiento de una obligación asumida frente a una persona determinada, daría lugar a responsabilidad contractual.”*²⁰⁴

El autor hace un breve análisis de las distintas posturas que la doctrina y la jurisprudencia han tomado con relación al sentido contractual o extrancontractual de la culpa in contrahendo y destaca el hecho de que las cortes italianas han dictaminado que en materia de responsabilidad precontractual, hay que rechazar la necesidad de probar un específico comportamiento de mala fe (objetivo o subjetivo), así como la intención de perjudicar al otro contratante, pues es suficiente el comportamiento no intencional o meramente culposo de una de las partes; será suficiente que la conducta de una de las partes resulte disconforme con el deber de lealtad que debe imperar en las tratativas precontractuales.

Por ello, si bien las negociaciones no son vinculantes *“...obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo, es decir, culpa en el curso de las negociaciones contractuales; responsabilidad*

²⁰⁴ MONATERI, Pier Giuseppe. “La Responsabilidad Precontractual en el Ordenamiento Jurídico Italiano”. Artículo publicado en la obra colectiva “Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta

precontractual) la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño –o sea, al llamado interés contractual negativo (id quod interest contractum initum non fuisse) en contraposición con el llamado interés contractual positivo, o interés en el cumplimiento– cuando pueda probar que, confiando en el estado de las negociaciones, ha incurrido en gastos que no hubiera hecho si hubiese podido prever que el contrato no se concluiría, o bien ha perdido oportunidades o rehusado ofertas igualmente (o más) ventajosas de otra persona, sufriendo así un daño.

El monto del resarcimiento del daño negativo no puede superar nunca el monto del interés contractual positivo; de todos modos, debe mantenerse dentro de los límites de los gastos o pérdidas estrictamente dependientes, esto es, ocasionados por las negociaciones mismas y que después resultaron vanas, sin motivo justificable. Si además, en el desarrollo de las negociaciones la conducta de una de las partes ha sido legítima en un primer tiempo y sólo después ha llegado a ser culposa, el daño resarcible es simplemente el que puede relacionarse con este segundo período.

Todo lo que antecede lo estatuye implícitamente la ley, al disponer que las partes deben comportarse en el desarrollo de las negociaciones según la buena fe (art. 1337, primer inciso).²⁰⁵

Y en cuanto a los supuestos de invalidez de un contrato, se señala en el artículo 1338 lo siguiente “La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no lo ha comunicado a la otra parte está obligada a reparar el daño que ésta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato.” Este precepto es distinto a lo legislado en el BGB, puesto que aquí se prefiere la tutela del receptor de la promesa.

La buena fe, en el Capítulo referente a los Contratos en el Código italiano, está presente también en otros artículos (1175, 1366, 1375, etc.), pero no es momento de detenernos en su análisis. En cuanto al deber de comportarse según los preceptos de la buena fe en la etapa precontractual, se dice que en

años del Código Civil italiano (1942 – 2002).” Traducción del italiano por Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2003. Pág. 472.

la literatura italiana dicha obligación se concreta en tres tipos de conductas: información, secreto y custodia; pero a ella habría que añadir, como supuesto de gran trascendencia práctica, el de no interrumpir, bajo determinadas condiciones, las negociaciones contractuales.²⁰⁶

Así pues, vemos que nuestro articulado se ha visto mayormente influenciado por el Código italiano, comprobándose de esta manera lo que señalaba Max Arias-Schreiber al inicio de este ítem para quien *“debe ponerse énfasis que la buena fe y común intención tiene que existir no sólo al momento de la celebración o con posterioridad a ella, sino también en la etapa de su negociación o tratativa.”* Pero esto no deja de lado tampoco nuestra hipótesis inicial, según la cual, el artículo 1362, debido a su exigua redacción y debido a también a su “exclusividad”, es insuficiente para poder abarcar, de manera clara e inequívoca los supuestos de responsabilidad precontractual, dada la magnitud de los casos que ella abarca.

Al respecto, Gastón Fernández Cruz dice que *“los artículos 168 y 1362 del Código Civil peruano, señalan también que, con el objeto de aprehender la común intención de las partes, debe aplicarse otro criterio hermenéutico que guía la labor de interpretación del acto jurídico y del contrato en particular, cual es el “principio de buena fe” . Este principio se refiere, entonces, no propiamente al análisis de la labor del agente que realiza el trabajo hermenéutico de interpretación, sino al análisis de la actuación de las partes que han realizado el negocio; esto es, a la determinación si éstas han actuado correctamente, en donde la buena fe interesa como regla de conducta que, “...con particular referencia a la interpretación del contrato exige, básicamente, el preservar la confianza razonable de cualquiera de las partes sobre el significado del acuerdo”. Esto es lo que la doctrina comparada ha convenido en llamar la “buena fe objetiva” o, también, “buena fe probidad”.*

En nuestro medio, se ha señalado por eso que “...el principio de la buena fe es el que gobierna toda la labor de hermenéutica. Pero no debe entenderse como

²⁰⁵ MESSINEO, Francesco. “Doctrina General del Contrato.” Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1986. Tomo I. Pág. 309.

²⁰⁶ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. Op. Cit. Pág. 207.

la buena fe del intérprete. Se trata de la buena fe de los manifestantes de la voluntad que ha dado contenido al acto jurídico y, en el caso de actos unilaterales, también de la de sus destinatarios... Es una buena fe que debe evidenciarse y ponerse de manifiesto ante el intérprete y éste no la puede apreciar de otro modo que no sea 'en lo expresado' y 'desde lo expresado' para su valoración objetiva.²⁰⁷

De lo analizado y de la doctrina y legislación comparada citadas, podemos ver que, si bien por un lado nuestro articulado (en realidad nuestro único artículo) establece deberes de conducta para las partes tratantes, no es menos cierto que dichos deberes no están transparentemente delineados, no tienen mayor desarrollo normativo y es necesario que la doctrina y, tal vez algún día en nuestro caso, la jurisprudencia, se vea en la necesidad de darle el verdadero sentido que se requiere para sancionar los casos por responsabilidad precontractual.

Hemos visto que el origen de esta teoría tuvo lugar en la Alemania del siglo XIX, pero a partir de ese punto, la literatura jurídica ha ido moldeando la figura hasta darle una categoría de aceptación unánime. Si bien la discusión sigue en cuanto al tipo de responsabilidad aplicable, es innegable que se acepta sin temores la posibilidad de fijar indemnizaciones por daños ocasionados en la etapa precontractual. Los límites y extensión de dichas indemnizaciones también son materia de discusiones doctrinarias, pero ello enriquece decididamente el concepto de esta materia. Pero comprobamos también que, pese a que los que elaboraron los proyectos de reforma del Código de 1936 propusieron cambios y precisiones terminológicas referidas a la responsabilidad en el campo de las tratativas precontractuales, el legislador optó por un camino más conservador, pero que generó más problemas que soluciones, al dejarle la labor interpretativa a la doctrina sobre los alcances de los deberes en la etapa precontractual. Por eso consideramos importante

²⁰⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano". Artículo publicado en "Estudios sobre el Contrato en General" Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942 – 2002) Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2003. Pág. 754.

revisar las fuentes de las instituciones jurídicas que son objeto de legislación, ya que de lo contrario, se cae en soluciones inapropiadas.

1.2.- La buena fe como principio general del Derecho

Las Obligaciones en nuestro sistema normativo dan una importancia significativa a la actuación de buena fe de los agentes. Es una categoría del Derecho que se pone de relieve cuando se tocan prácticamente todas las figuras y modalidades del Derecho de Obligaciones, así como cuando se evalúa la participación de los agentes intervinientes en cualquier clase de acto o negocio jurídico. Por ello, cabe ahora hacer mención especial a este elemento que, como veremos, no tiene una definición unitaria en la Doctrina y nuestro Código tampoco se ha preocupado por determinar sus alcances.

De esta figura podemos decir que surge o cobra importancia cuando, por la transformación lógica del derecho a través del tiempo, se abandona las fórmulas rituales y formalistas que tenía el antiguo Derecho Romano, para dar paso a la *“...introducción de un nuevo sistema de interpretación, basado en la investigación de la voluntad real de los agentes y en las normas de la equidad, abandonando el simbolismo.”*²⁰⁸

Modernamente, la buena fe es considerada por la doctrina como un Principio General del Derecho, que son los medios o las vías de interpretación de la ley que deben emplearse a fin de poder dar con el verdadero sentido de ésta, principios que los Jueces deben aplicar a fin de poder resolver las controversias de manera adecuada. Los Principios Generales del Derecho se toman en cuenta al momento de la elaboración de las normas y luego se deben

volver a observar al momento de interpretar su aplicación. Entre otros, son la Justicia, Equidad, Buena Fe, etc.

1.2.1 Concepto de buena fe

No hay un concepto unitario de la buena fe, por ser éste un elemento subjetivo dentro de las relaciones personales. Esto se da por cuanto la buena fe no es una creación del Derecho, sino que es una adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil.

Como antecedente histórico, *“la remisión a los antecedentes romanísticos nos permite conocer que la FIDES y la BONA FIDES llevan consigo la idea de “fidelidad”. Posteriormente, el pensamiento cristiano aportó la idea de la “veracidad”, que fue matizada por la de la “caridad”. Finalmente, el comercio jurídico de nuestro tiempo le agregó el ingrediente de los “usos sociales”, con un fuerte énfasis en el solidarismo económico”*.²⁰⁹

Muchos autores han definido la buena fe como “ausencia de dolo o mala fe”, “honesta convicción”, “la honradez”, “voluntad sincera, leal y fiel”, “la sinceridad y lealtad”, “el deber de asistencia y colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite, de amistad y de fraternidad”, “la ausencia de fines ulteriores

²⁰⁸ JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. “La unidad del principio general de la Buena Fe y su trascendencia en el Derecho Moderno”. Artículo publicado en “Contratación Privada”. Carlos Alberto Soto Coaguila y Roxana Jiménez Vargas Machuca – Coordinadores. Jurista Editores. Lima 2002. Pág. 73.

²⁰⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General.”. Palestra Editores. Lima 2003. Tomo I. Pág. 331.

ocultados a la contraparte y que le son dañinos”, “la obligación de obrar como hombre honrado y consciente”, etc..

Según Ripert, “la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo.” Este último concepto consideramos que engloba el contenido esencial de esta figura, por cuanto actuar con buena fe implica de todas maneras un contenido valorativo que debe observar el agente en su accionar.

1.2.2 Buena fe subjetiva o buena fe creencia

La buena fe subjetiva o buena fe creencia, está orientada a evaluar la intención o creencia con que obra un sujeto determinado. Es la convicción psicológica o interna del sujeto de encontrarse en una situación jurídica regular o válida, aunque en realidad no es así, pues existe un error. El sujeto actúa en función a la “apariencia de lo externo”. Es la situación de un individuo en relación a una circunstancia en particular, que la induce a creer algo o en algo.

Es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. El sujeto recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata de un estado Psicológico que el ordenamiento jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto va a recibir.²¹⁰

Según Manuel de la Puente y Lavalle²¹¹, son siete las características que tiene la Buena Fe Subjetiva:

- a) Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene un contenido ético.
- b) Esta creencia, pese a ser subjetiva, no es candorosa sino razonada, en el sentido que el sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición.
- c) La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia, esto es, que ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio.
- d) En este proceso de formación de la creencia no ha actuado con dolo o culpa.
- e) La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona.
- f) La creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, en el sentido de que hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar.
- g) El Derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia.

1.2.3 Buena fe objetiva o buena fe lealtad

La buena fe objetiva se manifiesta como un criterio de comportamiento conscientemente asumido. Se evalúa si este comportamiento se ajusta al **estándar jurídico** o prototipo de conducta social basado en reglas objetivas. Este actuar del agente es independiente de sus creencias personales. El

²¹⁰ PUIG BRUTAU, José. "Introducción al Derecho Civil". Editorial Bosch. Barcelona 1981. Pág. 415.

²¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General.". Palestra Editores. Lima 2003. Tomo I. Pág. 335.

obligado por la Buena Fe Objetiva debe actuar con lealtad, la que genera en los demás la confianza de que será acatada.

Para Guillermo Borda, *“El principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales (...) el Juez puesto a dirimir una controversia, debe preguntarse que significado hubiera atribuido a la declaración una persona honorable y correcta.”*²¹²

La buena fe objetiva se manifiesta básicamente en el cumplimiento del programa obligacional por las partes, las cuales deben actuar de acuerdo a lo que normalmente se espera de ellas: es la lealtad que se deben las partes *“según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico.”*²¹³

Según Manuel de la Puente y Lavalle²¹⁴, son seis las características que tiene la buena fe objetiva:

- a) Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.
- b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.
- c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.

²¹² BORDA, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1,969°. Pág. 131

²¹³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 337.

²¹⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 335.

- d) Esta objetividad no excluye, sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.
- e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un standard jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.
- f) El standard jurídico aplicable, debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto.

1.2.4 Reglas de la buena fe en el período precontractual

Es bueno tener en cuenta que la responsabilidad precontractual en Alemania, siempre deriva de la infracción del principio de *Treu und Glaube* (<buena fe> aunque la traducción en castellano, como la italiana y francesa, no signifiquen exactamente lo mismo)²¹⁵

De acuerdo a lo que señala la doctrina moderna, la regla de la buena fe, tiene verdadera fuerza jurídica, esto es, crea deberes a los que están sometidos los futuros contratantes. Cuiñas Rodríguez²¹⁶ define que en toda alternativa precontractual deberá haber tanto buena fe creencia (subjetiva), de acuerdo a los que las partes entendieron o pudieron entender, como buena fe lealtad (objetiva) obrando con cuidado y previsión. De estos deberes, la doctrina suele enumerar los siguientes: de colaboración, de reserva o secreto, de conservación y custodia y por último, y acorde a las nuevas tendencias, el de

²¹⁵ LEÓN HILARIO, Leysser L. “El sentido de la codificación civil. Estudio sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano”. Palestra Editores. Lima 2004. Pág. 221.

²¹⁶ RODRÍGUEZ M., Cuiñas “Responsabilidad precontractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma”. Revista La Ley. Buenos Aires 1995. Pág. 859.

información. Este último, es el que mayor trascendencia ha adquirido, y esta relevancia se justifica si se atiende a una de las características de nuestra sociedad actual, altamente tecnificada y con negocios cada vez más complejos, donde suelen ocurrir situaciones de desigualdad de conocimiento entre los futuros contratantes, es decir, una de las partes es el *débil negocial*. El deber de información se inspira en el propósito de conferir a los negociantes un conocimiento de la realidad negocial que corresponda a la realidad de las cosas, en lo atinente a los requisitos del contrato a celebrarse.

Por su parte, Guillermo Borda²¹⁷ señala que la vida de los negocios demuestra que muchas veces las tratativas previas a los contratos, sobre todo si éstos son de gran importancia, significan gestiones, trabajos y gastos. En principio, los gastos corren por cuenta de la parte que los ha hecho, pues actúa en su propio interés y asume el riesgo del fracaso de las tratativas, puesto que aún no se ha perfeccionado el acuerdo. Empero, hay situaciones, cuando las conversaciones se hallan avanzadas, que una parte puede haber concebido legítimas esperanzas o ha podido razonablemente suponer la concreción del negocio y, por ende, realizar gastos o trabajos confiando en la seriedad de la otra. En este caso, sostiene el autor, la ruptura intempestiva constituye un abuso del derecho que origina un daño. Sostiene Borda que el principio de la buena fe no tiene jerarquía inferior al de la autonomía de la voluntad, pues hay una razón de orden moral que impone darle prevalencia, pues nada que sea contrario a la buena fe o que sea abusivo, puede tener la protección del Derecho o de los jueces.

Debe señalarse, sin embargo, que las partes no están obligadas a llevar las negociaciones hasta su fin y concluir el contrato. Pero tampoco pueden frustrarlas injustamente. Resta definir, entonces, cuál será el factor de atribución de responsabilidad que permita calificar de injusta la ruptura, a los que nos referiremos más adelante.

Una definición de lo que es materia de estudio en este acápite, lo podemos encontrar en lo señalado por Estevill, quien indica que *“la responsabilidad civil por culpa in contrahendo o, lo que es lo mismo, aquella responsabilidad en la que se puede incurrir en el período en el que se desarrollan los tratos preliminares, tendentes a la formación de la voluntad contractual, sea por razón y causa de la ruptura injustificada de las negociaciones, o bien por consecuencia de la nulidad o anulabilidad de una determinada convención, cuyas motivaciones tienen su origen en aquellas conversaciones preparatorias del contrato, los cierto es que en cualquier caso se habrán infringido los principios de la buena fe y corrección, al tiempo que defraudado la razonable confianza que una de las partes había puesto en la otra como consecuencia de su comportamiento.”*²¹⁸

Así pues, teniendo en cuenta que ya habíamos señalado anteriormente que, según el análisis efectuado de las distintas teorías elaboradas en torno a la voluntad, compartíamos el criterio de Manuel de la Puente respecto a

²¹⁷ BORDA, Guillermo A. “Comportamiento Contractual de Mala Fe”.. Artículo publicado en la obra colectiva “La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg.” Directores Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1995. Pág. 243.

considerar a la Teoría de la Confianza como la preponderante, por cuanto en ella está subsumido como premisa de observancia obligatoria, el principio de buena fe según el cual las partes tienen el derecho de exigírselo recíprocamente, por lo que al no poder desentrañarse la voluntad interna de las partes, a primera vista, la buena fe creencia surge como un principio protector. Pero esto no es definitivo.

En efecto, el autor señala que *“Si el Código Civil peruano dispone que los contratos deben celebrarse de buena fe, está admitiendo que ante la dificultad de conocer las voluntades internas de las partes, cuya coincidencia da lugar a la formación de la voluntad común, es legítimo recurrir a la apariencia, a lo que se ofrece a nuestro entendimiento, para celebrar el contrato, lo que significa acoger la teoría de la confianza, que precisamente autoriza a los sujetos a dar como cierto a lo que presenta visos razonables de realidad. Obsérvese que, dado que la teoría de la confianza busca dar valor a la voluntad común, tratando de encontrarla en lo que las apariencias indican, el artículo 1362 del Código Civil, que admite dicha teoría a través de la buena fe creencia, coincide con la presunción contenida en el segundo párrafo del artículo 1361, que concede a la declaración una apariencia de responder a la voluntad común.”*²¹⁹

Esto se explica por cuanto, como ya hemos visto a partir de los diferentes supuestos en los cuales puede presentarse dicha responsabilidad (ruptura injustificada de tratativas, celebración de contratos nulos, etc.), la parte

²¹⁸ ESTEVILL, Luis Pascual. “Derecho de Daños”. Bosch casa editorial. Barcelona 1995. T. II. Pág. 1046.

²¹⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General.”. Palestra Editores. Lima 2003. T. I. Pág. 118.

afectada es la que justamente confió, de manera racional y diligente, en la validez de la intención de su contraparte, pero que sin embargo su expectativa se ha visto frustrada por un actuar pernicioso o, tal vez, culposo, de aquella.

Por su parte, analizando los alcances del Art. 1337²²⁰ del Código Civil Italiano de 1942, Emilio Betti enseña que *“Si nos preguntamos en qué consiste la ‘buena fe’ a que se refiere el art. 1337, resulta evidente que no es la buena fe exigida en el activo cumplimiento de la expectativa ajena, una vez que la obligación ha quedado establecida. Aquí todavía no ha nacido la obligación, el contrato no se ha concluido aún y, no obstante, las partes –que todavía no son deudor y acreedor, pero que están en el camino de serlo– se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actividad que se exige aquí podría calificarse de lealtad de las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte.”*²²¹

En efecto, analicemos las dos posiciones. Por un lado, tenemos que se dice que la buena fe creencia sería la aplicable a los casos de responsabilidad precontractual y por el otro, se señala que más bien debe tomarse en cuenta la buena fe lealtad. En palabras de Luis Pascual Estevill *“se pide así a las partes que iniciaron las conversaciones preparatorias de un negocio que se*

²²⁰ Art. 1337 del C.C. Italiano: “Negociaciones y responsabilidad precontractual.- Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe.”

*mantengan en ellas comportándose según las normas de la buena fe, corrección y confianza, principios comunes a todos los actos voluntarios del comercio jurídico. La responsabilidad civil precontractual, se ha dicho, no nace de la doctrina de la falta, se origina en la idea del consentimiento previo de las partes prestado al solo efecto de entrar en negociaciones conducentes a la formación de la voluntad contractual.”*²²² Más adelante añade el autor que las reglas de comportarse conforme a los dictados de la buena fe y corrección, en el desarrollo de los tratos preliminares o conducentes a la formación de un proyecto de contrato, comportan, también, la obligación de no defraudar la confianza que la otra parte haya depositado en las nombradas conversaciones preparatorias de la voluntad negocial. Si dicha confianza es defraudada sin culpa del defraudado, por el mero hecho de haber creído en la bondad de los tratos que sostenían, lo cierto es que se originará una responsabilidad que tendrá su traducción práctica en la obligación de reparar el daño causado por quien lo haya propiciado.

Resumiendo la clasificación efectuada, tan apropiadamente explicada por De la Puente y Lavalle, Pier Giuseppe Monateri señala lo siguiente, refiriéndose a la buena fe según el Código italiano: *“La expresión ‘buena fe’ admite dos significados:*

- a) *El subjetivo, que indica el estado en que se encuentra el particular con miras a conseguir determinados efectos jurídicos favorables (artículos 128, 1147 cód civ.).*

²²¹ BETTI, Emilio. “Teoría General de las Obligaciones.” Traducción del italiano por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1,969°. T. I., Pág. 88.

²²² ESTEVILL, Luis Pascual. “Derecho de Daños”. Bosch casa editorial. Barcelona 1995. T. II. Pág. 1045.

b) *El objetivo, entendido como límite a la autonomía negocial de las partes; una acepción que se presenta repetidamente, en materia de obligaciones y contratos (artículos 1175, 1358, 1336, 1375, 1460 cód. civ.), y que impone a las partes el respeto a los principios de lealtad, solidaridad y seriedad en la fase precontractual.*

El concepto de buena fe contemplado en el art. 1337 cód. civ. está comprendido en la segunda acepción, e indica el deber de lealtad que tienen las partes en el desenvolvimiento de las tratativas.

En el ámbito de la culpa in contrahendo, efectivamente, la jurisprudencia considera que es innecesario determinar de forma específica el comportamiento subjetivo de mala fe; sería suficiente que la conducta de una de las partes resulte disconforme con el deber de lealtad que debe imperar en las tratativas precontractuales, ex art. 13378 cód. civ..²²³

A la luz de las definiciones dadas, veamos cómo encaja la actuación de las partes dentro de los conceptos de buena fe. En principio, debemos tener en cuenta que la buena fe es un factor de exoneración o atenuación de responsabilidad. El que actúa de buena fe, en el sentido más lato del término, en la etapa de formación del contrato, no será responsable por los daños que cause en su co-tratante. Según lo analizado, las partes tratantes tienen un recíproco deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe y, siguiendo a Monateri, coincidimos en que aquí debe aplicarse el concepto de buena fe objetiva. Esto se justifica por cuanto al entrar las partes en negociaciones, en

²²³ MONATERI, Pier Giuseppe. “La Responsabilidad Precontractual en el Ordenamiento Jurídico Italiano”. Artículo publicado en la obra colectiva “Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942 – 2002).” Traducción del italiano por Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2003. Pág. 480.

tratativas orientadas a la formalización de un futuro contrato definitivo, se establece entre ellos ese contacto negocial al que ya nos hemos referido anteriormente.

Esta relación genera deberes entre las partes, como también ya lo hemos señalado, los mismos que son perfectamente exigibles de manera recíproca (lealtad, información, *correttezza*, etc.). *“En conclusión de cuanto habíamos dicho a propósito de la formación del consentimiento contractual –dice Trabucchi– subrayamos la importancia que ostenta que la conducta de las partes esté presidida por el principio de la buena fe, tanto en los preliminares como en la misma formación del contrato. El artículo 1337 constituye la norma específica, como aplicación del principio general de corrección y lealtad en los negocios (correttezza) informador del espíritu de buena fe imperante en todo el campo obligacional.”*²²⁴

En efecto, como hemos visto, en materia contractual la buena fe objetiva supone ajustarse al programa obligacional, es decir, cumplir con las prestaciones y/o deberes formalmente asumidos. Esto se da en una relación obligacional típica: el incumplimiento de dicho programa dará lugar a la responsabilidad contractual. Pero si tenemos en cuenta que en la etapa de las tratativas precontractuales, las partes también asumen deberes de conducta, como ya hemos señalado, entonces ellas están sujetas a observar dichos deberes. Es decir, deben comportarse según los cánones jurídicos estandarizados, según el tipo y circunstancias de la negociación. Sabemos que

²²⁴ TRABUCCHI, Alberto. “Instituciones de Derecho Civil”. Traducción del italiano por Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1966. T. II. Pág. 176.

no es una obligación concluir forzosamente en contratos todas las negociaciones iniciadas, pero la parte que se aparte deberá tener una justificación válida para hacerlo, o en todo caso, no deberá haber sembrado en su contraparte una confianza excesiva de llevar a la conclusión del contrato, si es que no tenía la intención o seguridad de hacerlo.

Como ya habíamos señalado, la buena fe objetiva se manifiesta básicamente en el cumplimiento del programa obligacional por las partes, las cuales deben actuar de acuerdo a lo que normalmente se espera de ellas: es la lealtad que se deben las partes según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico. En tal sentido, podemos afirmar que el que se aparta injustificadamente de las negociaciones, está en el deber de indemnizar a su co-tratante. En palabras de Albaladejo podemos decir que *“Es obvio que de por sí los tratos (entrar en tratos) no constriñen nunca a celebrar el contrato y puede ponérseles fin sin haberlo concluido. Pero debe entenderse que obligan a indemnizar –como todo acto ilícito: art. 1902– a la otra parte los daños que le hayan ocasionado (gastos de viaje, peritos, planos, etc.) si, no habiendo una causa que justifique su ruptura, la entrada en ellos y la ruptura posterior constituyen en conjunto un acto ilícito.”*²²⁵

Pues bien, ya ha quedado definido que el tratante que se aparta de las tratativas de manera injustificada viola el deber de comportarse según los cánones de la buena fe objetiva. Esto se extiende a los casos de anulación de contratos perfeccionados, por causa imputable a una de las partes existente al momento de la celebración del mismo, sin lugar a dudas.

²²⁵ ALBALADEJO, Manuel. “Compendio de Derecho Civil”. Librería Bosch. Sexta Edición. Barcelona 1987. Pág. 193.

Pero si por un lado se exige el deber de comportarse según los estándares jurídicos y la alteración a dicha conducta impone el deber de resarcir, existe también en la parte perjudicada un deber de diligencia, que será necesario para efectos de poder ser un acreedor válido de dicha indemnización. En efecto, dice Monateri que *“cuando las condiciones que obstaculizan la celebración de un contrato han sido previamente conocidas por la parte que alega el rompimiento injustificado de las tratativas, o si tales condiciones fueron conocibles para aquella misma parte mediante la diligencia ordinaria, estaremos ante un caso de inexistencia de responsabilidad precontractual.”*²²⁶

Explica el autor que las normas de responsabilidad precontractual tienen la finalidad de dar protección a la parte tratante que, actuando de buena fe, se ve lesionada por el accionar su co-tratante. Es decir que tiene derecho al resarcimiento la parte que efectivamente ha sido engañada o confundida pero que no ha tenido la posibilidad de conocer las causas del engaño antes de su perpetración. *“Pero –dice Monateri– cuando exista culpa de tal contratante, en la medida que pudo, si empleaba la diligencia ordinaria, conocer la situación real y por lo tanto, la causa de invalidez del contrato, dejará de ser posible aplicar las normas que se acaban de citar”*²²⁷ Esto significa que le asiste al reclamante, el deber de diligencia, bajo sanción de perder el derecho a la reparación del daño sufrido.

Nos parece bastante acertada esta atingencia, ya que no basta simplemente alegar haber sufrido un daño, según los supuestos estudiados en los que se puede presentar la responsabilidad precontractual, para exigir un resarcimiento. El perjudicado debe estar en la capacidad de demostrar que él no tenía posibilidad de poder conocer las razones de la invalidez del contrato, o en su defecto, que la confianza en la celebración definitiva del contrato tenía un sustento sólido. Es decir que el que alega el perjuicio debe acreditar la buena fe subjetiva y debe demostrar su ausencia de culpa.

²²⁶ MONATERI, Pier Giuseppe. Op Cit. Pág. 483.

²²⁷ *Ibíd.*. Pág. 483.

En consecuencia, luego del análisis de la buena fe como aspecto determinante de la *culpa in contrahendo*, podemos señalar que existe una concurrencia de la buena fe objetiva y subjetiva en la etapa de las negociaciones precontractuales, ya que por un lado las partes están obligadas a observar los deberes jurídicos que el contacto comercial les impone, cuya violación dará lugar al quebrantamiento de la buena fe objetiva, y por otro lado, la buena fe subjetiva del que alega haber sufrido un daño será necesaria para poder reclamar la reparación de tal daño, estando éste en la obligación de acreditar la ausencia de culpa o falta de diligencia en su accionar, lo que se traduce en la imposibilidad que tuvo de conocer las causas de la invalidez del contrato.

1.3.- Los vicios de la voluntad y sus efectos en la validez del negocio

Citando a Ospina y Opsina, Fernando Vidal Ramírez señala que *“... para la existencia de un acto jurídico es necesaria la manifestación de voluntad, pero además, es indispensable para la validez del mismo acto que dicha voluntad sea sana, es decir que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye la libertad y la conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.”*²²⁸ Es evidente pues, que en nuestro tema central de estudio la manifestación de voluntad de los agentes cobra una singular importancia, ya que justamente la intención de las partes es la que va a ser evaluada a efectos de poder verificar si es que efectivamente, existe responsabilidad en una negociación interrumpida de manera injustificada o en aquel negocio jurídico llevado a cabo, sin que hayan confluído los elementos o requisitos de validez del mismo.

En el mismo sentido, Stolfi señala que *“Para ser válido y producir, por tanto, sus efectos el negocio jurídico debe constar no sólo de una voluntad y de una manifestación, sino, además, de una voluntad libremente emitida. Por consiguiente, si su proceso de formación fue perturbado por alguna causa que indujo a la parte a expresar una voluntad diversa de la que habría manifestado, es dudoso si el acto debe considerarse válido o no. Declararlo nulo por la discordancia entre voluntad y su manifestación podrá quizás satisfacer las exigencias de la lógica, pero en la práctica tiene el inconveniente de afectar con mucha frecuencia a la seguridad de las relaciones jurídicas con grave daño para los interesados: -para el declarante que sufriría sin duda la ineficacia de un negocio que estaría dispuesto a mantener válido, por eje., para no restituir la cosa recibida; -para el destinatario que se vería expuesto a soportar el efecto de una causa de invalidez, imprevista y a menudo imprevisible. Por esto se atiende a conciliar las exigencias de la lógica con las de la práctica, insistiendo en la solución tradicional de constituir al interesado en árbitro de decidir sobre el destino del negocio”*²²⁹

Según el autor citado, los negocios deben ser celebrados sin que medie ninguna perturbación en la formación de la voluntad común. Sin embargo, señala también que no necesariamente la presencia de algún vicio determinará que dicho negocio sea invalidado, ya que eventualmente la parte afectada podrá decidir lo más conveniente para sus intereses.

²²⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El Acto Jurídico.” Gaceta Jurídica Editores. Cuarta Edición. Lima 1998. Pág. 396.

²²⁹ STOLFI, Guisepi. “Teoría del Negocio Jurídico”. Traducción por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1959. Pág. 170.

La base de la condena a estos vicios de la voluntad, como ya se ha señalado, radica en que se lesiona la confianza con la que la parte afectada ha actuado y se ha producido lo que se denomina una formación irregular del contrato. María del Carmen Gete-Alonso²³⁰ indica que *“Bajo la denominación ‘formación irregular del contrato’, se comprenden todos aquellos supuestos en los que, de alguna manera, se ha producido una interferencia en el proceso de perfección del mismo que conduce a que exista una discordancia entre la voluntad perseguida por las partes y la apariencia externa del mismo”*. Asimismo, señala dicha autora que *“Genéricamente, la formación irregular puede reducirse a dos grandes grupos de casos:*

- A) *Aquellos en los que lo que se produce es una falta absoluta (total) de consentimiento contractual. Así sucede en los supuestos del disenso, en la declaración sin seriedad, en la declaración bajo reserva mental y en la simulación. Como regla general, la ausencia de consentimiento provoca la ineficacia del contrato, siendo su régimen el de la nulidad absoluta, ya que falta uno de los elementos esenciales del mismo; no obstante, puede no ser así como se comprobará al estudiar cada una de estas irregularidades.*
- B) *Aquellos en que el consentimiento existe pero éste se ha formado viciadamente, porque durante su formación ha concurrido un defecto que impide que se manifieste la auténtica voluntad contractual. Son los denominados vicios de la declaración de voluntad a los que se refiere el art. 1.265 cc: error, violencia, intimidación y dolo. La concurrencia de un vicio de la voluntad no impide la existencia jurídica del contrato (negocio), ya que ha existido consentimiento; sin embargo, la presencia del vicio o defecto*

²³⁰ GETE ALONSO, María del Carmen. “Formación Irregular del Contrato.” En “Manual de Derecho Civil.” Tercera Edición. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2000. Pág. 599.

legítima a la parte que lo ha padecido, y una vez que se ha detectado y ha cesado, a ejercitar la acción de impugnación del contrato (arts. 1.300, 1.301 y 1.302) solicitando que se declare la nulidad del negocio. Los contratos concluidos bajo la influencia de un vicio de voluntad son anulables, es decir, producen eficacia inicialmente, pero puede desaparecer si se ejercita la acción de impugnación.”

Para efectos de nuestro tema de estudio, nos interesa analizar el segundo grupo de casos descritos por la autora, es decir aquellos referidos a los vicios de la voluntad, ya que estos son los que pueden generar mayor controversia respecto a la existencia de responsabilidad precontractual. Y dentro de ellos, nos concentraremos en el error y el dolo, que son los *vicios* de la voluntad en los que sustancialmente puede aplicarse la figura mencionada. No nos detendremos en el estudio de la violencia física o intimidación, pues ella no implica un vicio de la voluntad, sino que, como dice Lizardo Taboada, se configura más bien un supuesto de ausencia de voluntad “... *por cuanto en los casos de violencia física, el sujeto no tiene la voluntad de celebrar ningún acto jurídico, sino que se ha obligado a ello por una fuerza física irresistible.*”²³¹

Como bien señala Gonzalo Sozzo, “*La teoría de los vicios de la voluntad, en especial la teoría del error, es uno de los instrumentos que en el campo de la teoría del contrato sirven al gobierno de los riesgos precontractuales. Las teorías del error y del dolo fueron vistas como patologías en las cuales, por excepción, la distribución de riesgos que se efectúa en general con toda*

²³¹ TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Nulidad del Acto Jurídico.” Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima 2002. Pág. 122.

normalidad por la negociación escalonada durante el proceso de formación del contrato. En el derecho contractual del siglo XIX el error fue percibido sólo como un vicio de la voluntad; no se había desarrollado aún una teoría de los riesgos contractuales y precontractuales; en otras palabras, no se había caído en la cuenta acerca de que la teoría del error constituye un mecanismo de distribución de riesgos.

La responsabilidad precontractual refuerza y confirma la distribución de riesgos que efectúa el sistema jurídico mediante la teoría de los vicios de la voluntad y, secundariamente, la corrige.”²³²

Lo descrito justifica plenamente el estudio de estos vicios de la voluntad y su relación con la responsabilidad precontractual. Así lo afirma Brebbia, quien señala que *“Desde que Jhering lo afirmara con acierto en su célebre monografía, nadie discute que cuando las partes han llegado a la conclusión del contrato materia de las negociaciones preliminares y tal acto es declarado inválido posteriormente por causa imputables a algunos de los contratantes, dando lugar a daños y perjuicios, la situación nacida de esta manera se encuentra comprendida en la teoría de la responsabilidad in contrahendo, ya que las causas de anulación son siempre originarias y se remontan, por ende, a la época en la cual se gestó el consentimiento.”²³³*

En efecto, es correcto señalar que en los casos descritos estamos ante supuestos en los cuales el contrato fue celebrado, fue perfeccionado e incluso

²³² SOZZO, Gonzalo. “Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual.” Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires 2005. Pág. 130.

²³³ BREBBIA, Roberto. “Responsabilidad Precontractual.” Ediciones La Roca. Buenos Aires 1987. Pág. 167.

puede estar en plena ejecución; pero ello no es justificativo suficiente para descartar la idea de la responsabilidad precontractual, ya que si bien el contrato fue celebrado, éste puede ser invalidado no por una causal sobreviniente a su celebración, sino más bien por un vicio producido antes de la misma.

En el mismo sentido, Gonzalo Sozzo se hace el siguiente cuestionamiento: *“¿Cuál es la razón por la cual este supuesto, en el que existe un contrato ya perfeccionado por el consentimiento de las partes contratantes y que, en consecuencia, a primera vista, debería generar responsabilidad contractual, termina por producir sólo responsabilidad precontractual, con las consiguientes diferencias en cuanto a la extensión del resarcimiento?: la respuesta al interrogante está dada por el hecho de que el vicio se produjo, en verdad, en un momento anterior al perfeccionamiento del contrato.*

Es un caso precontractual en sentido propio.”²³⁴

Así pues, se hace imprescindible estudiar con mayor detenimiento estos vicios, el error y el dolo, para comprobar si ante su verificación, cabe la aplicación de responsabilidad precontractual.

1.3.1.- El error y sus efectos en la validez del negocio.

Nos hemos referido al hecho de que en sus estudios sobre la responsabilidad precontractual, Jhering trataba de establecer si en la presencia de una

²³⁴ SOZZO, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 131.

declaración de voluntad, y existiendo una divergencia entre lo realmente querido y lo declarado, cuál de aquellas voluntades (voluntad real o declaración) debía prevalecer.²³⁵ Para ello, analizó el caso de una persona que solicitó el envío de 100 libras de un producto determinado y que, al confundir el signo de libra con el de quintal, recibió una cantidad muy superior a la pedida. Dice Medina Alcoz²³⁶ que el contrato era nulo por adolecer de error esencial. Y dado que había una culpa cometida en el período previo a la conclusión del contrato y ella era generadora de un daño, Jhering concluyó en que había obligación de resarcir el daño, aplicando para ello los supuestos de responsabilidad contractual, ya que los casos de responsabilidad extracontractual en el Derecho alemán, constituyen un feudo cerrado (*numerus clausus*). En el caso analizado, si bien es cierto que ambos contratantes actuaron libre y espontáneamente, se ha producido un quiebre en la común intención de los mismos, ya que ambos querían celebrar y ejecutar el contrato según las reglas de la buena fe, pero por un error en la voluntad de uno de ellos, se configuró una causal de nulidad del acto celebrado.

Jhering analizó la posibilidad de que la parte perjudicada con la invalidez del contrato reclamara a la otra el pago de una indemnización en caso de que ésta última fuera causante del vicio. Como hemos indicado, el caso en que basó su teoría era aquel del sujeto que deseando adquirir cien libras de cierta mercadería, recibió cien quintales de la misma, debido a que a la hora de enviar el pedido confundió el signo de libra con el del quintal. Dicho sujeto probó que se había equivocado, así que anuló el contrato celebrado. Ante este

²³⁵ SOZZO, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 20.

hecho, el vendedor preguntó si podía reclamar el pago de una indemnización que cubriera los costos de embalaje y transporte de la mercadería. Jhering consideraba justo que el comprador causante del vicio asumiera los referidos costos. Sin embargo, como hemos explicado, al no encontrar justificación para dicha reclamación en la responsabilidad aquiliana, recurrió a los textos romanos donde encontró varios casos en los que una de las partes respondía frente a la otra como consecuencia de haber ocultado hechos que provocaban la invalidez del contrato. En ello basó su teoría de la *culpa in contrahendo*, según la cual, el contratante que culposamente causa la invalidez o la inexistencia del contrato debe responder al otro, indemnizando el interés contractual negativo.²³⁷

“El error, dice Vidal Ramírez²³⁸, es un factor perturbador inconsciente que afecta el proceso formativo de la voluntad jurídica, ya en el aspecto relativo a la voluntad interna, en cuyo caso se configura el denominado error-vicio, o ya en lo que se refiere a la exteriorización de la voluntad interna, en cuyo caso se configura el denominado error en la declaración, que el Código Civil legisla claramente diferenciados en el articulado pero bajo el título común de Vicios de la Voluntad.”

²³⁶ MEDINA ALCOZ, María. “Responsabilidad Precontractual.” Casa Editorial Forum. Lima 2006. Pág. 44. Nota al pie de página.

²³⁷ ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (el caso del artículo 207 del Código Civil peruano).” Artículo publicado en Themis – Revista de Derecho. Segunda Época N° 49. Lima 2005. Pág. 154. El autor explica que Jhering basó su teoría en los casos citados en el Corpus Iuris romano, específicamente en aquellos que trataban de la venta de cosas sagradas, públicas o inexistentes, en las cuales el vendedor conocía de antemano la causa de nulidad.

²³⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El Acto Jurídico.” Gaceta Jurídica Editores. Cuarta Edición. Lima 1998. Pág. 399.

Por su parte, Lizardo Taboada señala que *“el error como vicio de la voluntad, consiste en una falsa representación de la realidad, que actúa como móvil o coeficiente determinante de la declaración de voluntad, afectando el mismo proceso de formación de la voluntad correctamente declarada.”*²³⁹

Es importante establecer claramente que, de acuerdo a lo que hemos venido analizando, cuando en el período formativo del contrato se produce un acto que determinará en el futuro la anulación del mismo, estamos ante la presencia de un caso de responsabilidad precontractual, por cuanto si bien el contrato puede haberse perfeccionado e incluso algunas prestaciones puedan haberse ejecutado, no quita el hecho de que la causal de su invalidación se haya producido antes de su celebración, es decir que el elemento que ha de tomarse en cuenta para dejar sin efecto los términos del mismo acaeció en la etapa anterior a su perfeccionamiento. Por estas razones, Jhering consideraba que los supuestos de error en la voluntad de las partes en la etapa previa al perfeccionamiento del contrato, daba lugar a la denominada *culpa in contrahendo*, esencialmente por el momento en que se ha producido el vicio. El error, pues, es un factor determinante para establecer responsabilidad precontractual, existiendo distintas clases de error, pero en líneas generales *“se suele decir que el error es una condición de ignorancia o de falso conocimiento de la realidad empírica (error de hecho) o de la realidad jurídica (error de derecho).”*²⁴⁰

²³⁹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato”. Editorial Grijley. Lima 2002. Pág. 360.

²⁴⁰ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, BUSNELLI, Francesco D., NATOLI, Ugo. “Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos.” Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1995. T.I.Vol.2. Pág. 816.

Así, Brebbia puntualiza este concepto diciendo que *“desde que Jhering lo afirmara con acierto en su célebre monografía, nadie discute que cuando las partes han llegado a la conclusión del contrato materia de las negociaciones preliminares y tal acto es declarado inválido posteriormente por causas imputables a alguno de los contratantes, dando lugar a daños y perjuicios, la situación nacida de esta manera se encuentra comprendida en la teoría de la responsabilidad in contrahendo, ya que las causas de anulación son siempre originarias y se remontan, por ende, a la época en la cual se gestó el consentimiento.”*²⁴¹

Nuestro Código Civil señala en su artículo 201, que “El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte”. Luego, en los artículos 202 y 203 define en qué consiste el error esencial y el error conocible, respectivamente. Debemos señalar que tales postulados han sido tomados casi literalmente de los artículos 1428, 1429 y 1431 del Código Civil italiano de 1942.

Pues bien, en principio hay que tener en cuenta que en nuestro sistema jurídico, el error no es causal de nulidad sino de anulabilidad del acto jurídico. Es decir que no siempre, ante su presencia, un contrato deberá quedar sin efecto. Al contrario, atendiendo al principio de conservación de los actos jurídicos, la autonomía de la voluntad de las partes puede convalidarlo, o, en todo caso, si el vicio no es determinante, dicho acto también puede conservar

²⁴¹ BREBBIA, Roberto H. “Responsabilidad Precontractual”. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 1987. Pág.167.

su eficacia. Al respecto, Giuseppe Stolfi ²⁴² señala que *“El error consiste en la falsa representación de la realidad: determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias.”* Y luego, refiriéndose justamente a esta capacidad de conservar la eficacia del acto, indica que *“pero si esta fórmula se tomase a la letra o se aplicase sin distinciones difícilmente habría negocios válidos, porque es muy frecuente que sean concertados por hallarse la parte convencida, aunque inexactamente, de que las cosas o hechos son como se los ha imaginado. También la ley puede admitir la posible anulación del negocio si la parte incurre en un falso juicio acerca de una norma o principio de derecho, de tal modo que pueda decirse que a los fines de la nulidad del acto son relevantes el error de hecho o el de derecho, pero se requieren ciertas condiciones que sirven para limitar la impugnación a los casos más salientes: no basta cualquier error para destruir el acto, se requiere un error de particular gravedad, o que tenga características, bien generales a todos los negocios jurídicos o sólo para algunos de ellos.”* (el subrayado es nuestro). Tenemos entonces que diferenciar si es que el error ha sido determinante o no de la celebración del acto, para evaluar si estamos ante supuestos de anulabilidad, o si en todo caso deberá convalidarse dicho acto.

En el error es preciso distinguir dos categorías, dice Galgano ²⁴³: *“el error motivo (llamado también error-vicio) y el error obstativo”* (el autor considera

²⁴² STOLFI, Giuseppe. “Teoría del Negocio Jurídico”. Traducción del italiano por Jaime Santos Briz. Editorial Revisa de Derecho Privado. Madrid 1959. Pág. 171.

²⁴³ GALGANO, Francesco. “El Negocio Jurídico”. Traducción del italiano por Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant Lo Blanch. Valencia 1992. Pág. 294.

que sólo constituye un vicio de la voluntad el error-vicio). *“El error motivo – continúa Galgano– es el error que surge en la formación de la voluntad, antes de que ésta sea manifestada al exterior: consiste en una falsa representación de la realidad presente que induce al sujeto a declarar una voluntad que, en otro caso, no habría declarado.”* En el mismo sentido, Santos Cifuentes señala que *“esta clasificación del error que ha sido receptada por los códigos de este siglo, cuenta con gran predicamento en los desarrollos teóricos de la cuestión y tiene diversas denominaciones. Así, Savigny lo titula error propio e impropio; los autores franceses en general, error obstáculo u obstativo y error vicio o error nulidad; los alemanes e italianos, error en la declaración y error vicio o en los motivos”*²⁴⁴ Esta última clasificación es la que también ha sido tomada en cuenta por la generalidad de la doctrina nacional.

Definiendo al error-vicio, Vidal Ramírez señala que *“el denominado error-vicio, así llamado por que es propiamente el error como vicio de la voluntad, afecta la función cognoscitiva del sujeto, pues su voluntad interna se forma en base a la ausencia de conocimiento o a un conocimiento equivocado. Este error produce una divergencia inconsciente entre la voluntad interna del sujeto, así formada, y los efectos que busca con su manifestación. Consiste, fundamentalmente, como señala de Cossio, en una representación subjetiva contraria a la verdadera realidad objetiva, y cuando esa falsa representación ha tenido tal importancia en la génesis del negocio que haya sido capaz de determinar la voluntad, constituye un vicio de la misma.”*²⁴⁵

²⁴⁴ CIFUENTES, Santos. “Negocio Jurídico”. Editorial Astrea. Buenos Aires 1986. Pág. 334.

²⁴⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 399.

Por su parte, Lohmann define al error vicio indicando que *“es el propio, o error genuino, ya que opera en la determinación o formación de la voluntad. Actúa en el plano interno, en cuanto formación de un propósito. Consecuencia de ello es que puede haber pura y perfecta coincidencia entre lo querido y lo declarado, pero lo querido se ha querido por error. La voluntad se ha determinado fundándose en un falso juicio sobre la concreta situación.”*²⁴⁶

Para Messineo, *“el error en el contrato consiste en una falsa representación de la situación contractual; a él se equipara la ignorancia²⁴⁷, es decir, la falta de toda noción de la situación contractual. El error actúa como motivo (y por esto se puede llamar error-motivo o error-vicio); y, o contribuye a determinar la voluntad, o es motivo exclusivo, de la determinación de la voluntad misma. La terminología corriente que habla de error en el motivo o sobre el motivo, es inexacta; no es que se produzca un error al apreciar el motivo (en eso podría consistir el error en el motivo o sobre el motivo); el error interviene, en cambio, como coeficiente de la determinación de la voluntad y como tal se torna relevante”*²⁴⁸

El otro tipo de error es el denominado error obstativo, error obstáculo o error en la declaración. Se presenta cuando el sujeto declara una voluntad distinta a su verdadera voluntad interna, ya sea porque ha declarado inconscientemente

²⁴⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “El Negocio Jurídico.” Editora Jurídica Grijley. Lima 1994. Pág. 455.

²⁴⁷ Según el Dr. Fernando Vidal Ramírez, “la doctrina es unánime en la equiparación de la ignorancia con el error y en considerarlos como fenómenos cognoscitivos que resultan de una falsa o inexacta representación de la realidad.”. Op. Cit. Pág. 400. En el mismo sentido. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, Op. Cit. Pág.451; CIFUENTES, Santos. Op Cit. Pág. 330; ALBALADEJO, Manuel. “El Negocio Jurídico. Op. Cit. Pág. 134.

una voluntad diferente, por un *lapsus linguae* o por un *lapsus calami*.²⁴⁹ Provoca el error obstativo una discrepancia inconsciente entre la declaración y voluntad. Diferenciándose del error vicio, en cuyo caso coinciden éstas pero la voluntad se formó anormalmente por haber creído el sujeto algo que no correspondía a la realidad, y tal voluntad no se habría formado de haber conocido la verdad.²⁵⁰

En el error en la declaración o en la manifestación, *“la voluntad se ha formado sanamente pero el factor perturbador que ocasiona la divergencia se presenta al exteriorizarse la voluntad y queda contenido en la manifestación. El error en la declaración puede consistir en una simple distracción, lapsus linguae o lapsus calami, pues en vez de decir o escribir vender, digo o escribo arrendar; o bien por error o reproducción infiel de la declaración por parte de quien debía ponerla por escrito o transmitirla, pues he dictado vender y mi secretaria escribe o transmite arrendar; o bien la entrega de la manifestación a persona distinta del destinatario, aunque del mismo nombre y apellido; o bien se usan palabras a las que se les atribuye un significado distinto al que verdaderamente les corresponde”*²⁵¹

Lohmann²⁵² explica que el error obstativo no es –rigurosamente hablando– un vicio de la voluntad y por tanto su ubicación en este lugar es inadecuada. Citando a León Barandiarán, dice que se trata de un defecto en la

²⁴⁸ MESSINEO, Francesco. “Doctrina General del Contrato”. Traducción del italiano por R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1986. Pág. 124.

²⁴⁹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato”. Editorial Grijley. Lima 2002. Pág. 362.

²⁵⁰ ALBALADEJO, Manuel. “El Negocio Jurídico”. Librería Bosch. Barcelona 1993. Pág. 126.

manifestación de voluntad, desde que el declarante ha manifestado querer algo que realmente no quiso. *"Este error –dice el tratadista– existe cuando la parte que invoca su error entendería hacer un contrato distinto de aquel que ha declarado consentir (C. suizo, art. 24, inc. 1). En este caso no hay concurso de voluntades, desde que las partes han querido cosas fundamentales diversas. Aunque el error no afecte al objeto del negocio, recae sobre las obligaciones y derechos que con respecto a él pensaron adquirir las partes, y esas obligaciones y esos derechos constituyen lo esencial del acto jurídico".* En el mismo sentido se manifiesta Taboada Córdova²⁵³, quien señala que *"en sentido estricto, pues, el error obstativo no constituye un vicio de la voluntad, a diferencia del error vicio que por su propia naturaleza sí lo es."*

Luego de haber efectuado un breve análisis sobre la distinción entre error vicio y error obstativo, debemos señalar que no todo error es causal de anulabilidad del contrato, según lo dispuesto por nuestro Código Civil. En efecto, para que un contrato sea anulado por error (ya sea vicio u obstativo), éste debe ser esencial. *"El concepto de la esencialidad del error debe entenderse en el sentido que sólo son posibles de causar anulación de un negocio jurídico los tipos de error taxativamente considerados por la ley como vicios de la voluntad, ya que de lo contrario (es decir, de aceptarse la posibilidad que un negocio jurídico pudiera ser invalidado por cualquier error), no habría negocio jurídico que por regla general pudiera ser válido, ya que en la mayoría de los casos la voluntad se forma sobre la base de consideraciones erróneas. En otras*

²⁵¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 400.

²⁵² LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. Cit. Pág. 483

²⁵³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato". Editorial Grijley. Lima 2002. Pág. 363.

palabras, es error esencial aquel que ha sido considerado por la ley para dar lugar a la anulabilidad de un negocio jurídico. La figura contraria es la del error indiferente, que es aquel que en ningún caso puede originar la invalidez del negocio jurídico (por ejemplo, el error de cálculo contemplado en el artículo 204 o el error sobre la denominación del acto jurídico)”²⁵⁴

Como dice Vidal Ramírez, “el error es esencial cuando es determinante en la formación de la voluntad interna e induce al sujeto a la celebración del acto jurídico mediante una manifestación de voluntad que no va a ser correlativa a los efectos queridos, o, en otras palabras, el error es esencial cuando de no haber mediado el sujeto no hubiera celebrado el acto jurídico.”²⁵⁵

Por otro lado, otro aspecto ciertamente criticable de nuestro Código es que si bien el error esencial es causal de nulidad de un contrato, no se ampara el resarcimiento a la parte perjudicada por el error, hecho que genera ciertamente un vacío en nuestra legislación. Al respecto Escobar Rozas, comentando el artículo 207 de nuestro Código, ha señalado que “el Código Civil peruano adoptó –parcialmente– el modelo italiano de 1942 en lo referente a los requisitos del error como causa de anulación del negocio jurídico. En efecto, el legislador nacional estableció que la anulación por error sólo procedía si el mismo era esencial, determinante y conocible (por la parte destinataria de la declaración).

Inexplicablemente, sin embargo, el legislador nacional, no contento con mutilar

²⁵⁴ Ibid. Pág. 383.

²⁵⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 402.

el modelo italiano, al dejar de lado la regla contenida en el artículo 1338²⁵⁶ del Codice, decidió efectuar un aporte histórico, al establecer que la anulación del negocio por error no daba lugar a indemnización entre las partes.”²⁵⁷

El autor hace una aguda crítica a la redacción final del artículo 207 de nuestro Código Civil, estableciendo como punto de partida de sus comentarios, las previsiones adoptadas en el sistema alemán, cuyo BGB, recogiendo las teorías propuestas por Jhering, establece que si la parte receptora de la declaración ha confiado razonablemente en la validez de la declaración del *errans*, aquella tenía derecho al pago de una indemnización en caso que éste último decidiera ejercer el derecho de anulación. De igual forma, el Código italiano de 1942 también influenciado por la teoría de la confianza, consagró un sistema de responsabilidad en el cual, más bien el *errans* podía exigir el pago de una indemnización, si es que la parte receptora de la declaración actuaba con mala fe objetiva, si es que conociendo el error de aquel, no lo pone en evidencia. Por ello, el autor indica que la fórmula consagrada en el artículo 207 no es coherente “...pues permite que el destinatario de la declaración viciada quede exonerado de responsabilidad aún cuando haya conocido la existencia del error.”²⁵⁸ Si bien admite que puede justificarse la exoneración de responsabilidad cuando en ambas partes hayan actuado con ausencia de negligencia, no sucede lo mismo si es que una de ellas procede con negligencia y la otra con dolo.

²⁵⁶ Código Civil italiano: “Artículo 1338.- La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia a la otra parte tendrá que resarcir el daño por ésta sufrido como consecuencia de haber confiado sin su culpa en la validez del contrato.”

²⁵⁷ ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (el caso del artículo 207 del Código Civil peruano). Artículo publicado en Themis – Revista de Derecho. Segunda Época N° 49. Lima 2005. Pág. 156.

Estos comentarios al artículo 207 de nuestro Código, evidencian que en esta parte, los legisladores no tuvieron en cuenta los principios establecidos en el artículo 1362 del mismo cuerpo normativo, ya que si bien en este último texto se “obliga” a las partes a actuar de buena fe en la celebración de los contratos, no sucede lo mismo en el artículo 207, en donde prácticamente se “permiten” actuaciones contrarias a la buena fe objetiva, por lo tanto, existe aquí un vacío que, entendemos, la doctrina y jurisprudencia deben subsanar.

Así pues, hemos analizado los diversos aspectos que el error, como vicio de la voluntad, genera en la validez del acto jurídico. Para efectos de nuestro estudio, si bien el error puede ser generador de nulidad de un contrato, cuando este se presenta en la etapa de negociación o precontractual, genera responsabilidad, y por lo tanto, obligación de resarcir los daños causados. Si bien el principio de conservación del contrato puede privilegiarse para que se mantengan los efectos queridos de los contratantes, ello no es óbice para no generar responsabilidad. Si hay un daño, éste debe indemnizarse. Así lo señala también la Dra. Asúa González, indicando que *“quien se haya vinculado a un contrato debido a una declaración realizada por error, puede, siempre que se den las condiciones establecidas en los §§ 119 y 120 (del BGB alemán), proceder a la anulación de la misma, pero es posible que, además, haya sufrido daños patrimoniales que no resultan con tal anulación compensados. En el supuesto de que la otra parte haya vulnerado una obligación de información sobre circunstancias que provocan una falsa representación en un*

²⁵⁸ Ibid. Pág. 157.

*contratante, se abre el campo de la culpa in contrahendo.”*²⁵⁹

1.3.2.- El dolo

Otro elemento que también altera la validez de un negocio jurídico, que se presenta en la etapa anterior a su celebración, es el dolo. Es necesario pues, estudiar los alcances de esta figura y su significación para efectos de atribuir a quien actúa con él, responsabilidad precontractual. Pero veamos antes cuál es el significado de dolo, dentro de nuestro tema de estudio.

Dice Federico de Castro y Bravo, que *“desde siempre, puede decirse, con la misma palabra dolo se han expresado conceptos diferentes. En el texto del Código Civil ella se utiliza en sentidos tan dispares como los siguientes: 1. El dolo como calificativo de la conducta de quien causa daño a otro por acción u omisión culposa (arts. 296, 457, 1.080, 1.726) y por el incumplimiento de una obligación (arts. 1.101, 1.102, 1.107, 1.726). 2. El dolo como conducta sancionada específicamente con la privación de derechos hereditarios (artículos 674, 713, 756, nums. 6 y 7) y con la extinción de la acción de anulación de los contratos (art. 1.314). 3. El dolo como vicio de la voluntad negocial (arts. 673, 997, 1.265, 1.269, 1.270, 1.301, 1.798, 1.817). El último significado del término dolo es el que aquí especialmente importa.”*²⁶⁰

El dolo, como bien señala Vidal Ramírez²⁶¹, es también un factor perturbador

²⁵⁹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *“La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos.”* Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág.134.

²⁶⁰ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *“El Negocio Jurídico”*. Editorial Civitas. Madrid 1997. Pág. 147.

²⁶¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. Cit.* Pág. 440.

inconsciente del proceso de formación de la voluntad jurídica que afecta a la función cognoscitiva del sujeto y, por tanto, a su voluntad interna. Pero a diferencia del error-vicio, que es espontáneo, el dolo es una inducción al error, un engaño para provocar el error, y por eso se caracteriza por la mala fe, por el designio de perjudicar a otro: *dollus est consilium alteri nocendi*, dice el autor.

El dolo puede definirse, *“como la conducta de alguien ajeno al declarante que causa un error en éste mediante artificios, astucias o mentiras empleados para inducir a la celebración de un negocio o a su celebración de una manera determinada, normalmente y de ordinario en beneficio, ventaja o provecho del contratante. No necesariamente tiene que haber propósito de causar perjuicio, ni conciencia de causarlo, que de existir podrían tipificar además dolo penal.”*²⁶²

Stolfi, por su parte, señala que *“Dolo es el error provocado engañando a otro. Constituye una causa por sí suficiente para la anulabilidad del acto (art. 1427, 1439 y s.), de modo que éste es impugnado aún en los casos en que el error por sí solo no afectase a la validez del negocio. Y en efecto, si el error existe con todas las características exigidas por el art. 1428 y s., no es necesario indagar la causa por la que es suficiente para invalidar el acto. La indagación es, en cambio, útil en los casos en que el error no tenga las características dichas, como, por ejemplo, cuando recae sobre un motivo indiferente, pero que tenía importancia para el declarante, si bien no forma parte del contenido del acto: el error que no provocaría la ineficacia del acto, la provoca entonces*

²⁶² LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. Cit. Pág. 494.

porque ha tenido por causa el dolo.”²⁶³

Dolo es pues, esa inducción intencional al error por parte de una de las partes. *“El dolo supone - dice Stolfi – por consiguiente, el concurso de tres condiciones: 1. la existencia de un engaño o artificio; 2. al que alguien recurre para inducir a contraer una obligación; 3. y que ello tenga resultado. La víctima del engaño puede pedir la nulidad total del negocio, excepto en los bilaterales que únicamente son impugnables si concurre un cuarto requisito: que el dolo provenga de la otra parte o sea al menos conocido por ésta.”²⁶⁴*

Tenemos entonces que una persona puede celebrar un negocio o contrato, llevada por el error. Pero este error puede ser espontáneo o puede ser provocado. Si es un error espontáneo, se aplicarán las reglas del error, ya comentadas. *“Cuando es provocado se llama dolo, que en sede de vicios de voluntad es sinónimo de engaño. Engaño consiste en la acción u omisión por la cual una persona hace creer a otra algo que no se ajusta a la verdad.”²⁶⁵*

Refiriéndose a este aspecto, Betti señala que *“el error en la motivación del querer –es decir, el inexacto conocimiento de la situación de hecho sobre cuya base la voluntad se determina a la realización de un negocio, que de otra manera, o no hubiera realizado o lo hubiera concluido en distintas condiciones– puede estar provocado por el engaño ajeno (dolo). Para la consideración jurídica del dolo es decisiva, por si sola, la influencia efectivamente desplegada en la motivación del querer, y no importa la entidad del error provocado. También cuando éste, no teniendo carácter esencial, es*

²⁶³ STOLFI, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 189.

²⁶⁴ Ibi. Pág. 190.

*indiferente por sí en el contrato, el dolo que lo provoca es influyente, como vicio del consentimiento, siempre que haya determinado su formación. Cuando, además, el error a que el dolo ha inducido asuma carácter esencial, la investigación sobre la concurrencia del dolo tiene, con todo, importancia, porque prescindiendo de la invalidez del negocio, el dolo crea una responsabilidad por los daños.”*²⁶⁶ Responsabilidad que, según lo estudiado hasta ahora, encaja perfectamente dentro de los supuestos de *culpa in contrahendo*, toda vez que el vicio que afecta la validez del negocio se produce en la etapa del *iter negocial*, en los prolegómenos a su celebración, a su concreción definitiva. Es pues, este elemento, causal de responsabilidad precontractual.

Siguiendo la estructura de nuestro Código Civil, Vidal Ramírez²⁶⁷ clasifica al dolo en dos grandes categorías, recogidas en los artículos 210 y 211 de nuestro código sustantivo.

En primer lugar, se ocupa del dolo causante (llamado también dolo causal, determinante o principal), contenido en el Art. 210 de nuestro Código Civil, al cual define como *“el engaño utilizado para la formación de la voluntad interna del sujeto, el cual, de no habersele provocado error, no hubiera celebrado el acto jurídico. Es el factor determinante de la voluntad ajena, el **dolus causam dans**, o sea, aquel que de no haber mediado no hubiera determinado la declaración de voluntad”*. (el resaltado es nuestro).

²⁶⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. Cit. Pág. 493.

²⁶⁶ BETTI, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Traducción del italiano por A. Martín Pérez. Editorial Comares SRL. Granada 2000. Pág. 392.

²⁶⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 446.

A diferencia del error, en el cual la atención se centra en la conducta de la parte que espontáneamente ha caído en él, en el dolo la atención se centra en el carácter reprobable del actuar insidioso de quien induce a la declaración.²⁶⁸

Pero como bien apunta Lohmann²⁶⁹, el engañante debe tener una voluntad conscientemente preordenada a producir o permitir el error injusto, desviando la voluntad del declarante impidiendo que se acerque a la verdad. En el mismo sentido, Albaladejo señala que *“además del comportamiento engañoso (elemento objetivo), hemos visto que el dolo requiere el animus decipiendi (elemento subjetivo); de forma que aquel debe ir gobernado por éste. El animus decipiendi consiste en el propósito de engañar (medio) para obtener así la declaración (fin); o, al menos, en la conciencia de que ésta no se emitiría sin el engaño que conscientemente se lleva a cabo.*

A tenor de esto, queda claro que, en principio, no constituye dolo el engaño provocado por un error del presunto sujeto doloso. Por ejemplo el vendedor da una información inexacta al comprador, no maliciosamente, sino creyendo decir la verdad, y aquella decide al comprador.

En estos casos, el sujeto engañado siempre tiene por lo menos a su disposición la impugnabilidad de la declaración por error (si concurren los requisitos debidos) y el derecho a ser indemnizado, si procede a tenor del art. 1.902; mas, puede dudarse si aplicando el principio de responsabilidad habría derecho a la impugnación por dolo cuando la falta de voluntad (dolosa) de quien engaña sea sustituida por su responsabilidad.”²⁷⁰

²⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. Cit. Pág. 149.

²⁶⁹ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. Cit. Pág. 495.

En segundo lugar, nuestro ordenamiento ha contemplado el dolo incidente, el cual *“no es el engaño determinante de la voluntad y, por lo tanto, es el que no se constituye como causa eficiente de la celebración del acto jurídico, puesto que con o sin su mediación se hubiera de todas maneras celebrado. Este dolo es el que se utiliza para obtener indebidas ventajas y es por eso que es un dolus incidens, pues el engaño no es determinante de la manifestación de voluntad: el autor del engaño sólo consigue condiciones que le favorecen al lograr que la víctima del dolo celebre el acto en condiciones más gravosas para ella.*

*La doctrina es unánime en señalar que no constituye vicio de la voluntad”*²⁷¹

En este segundo caso, estamos ante un supuesto de contrato válido y eficaz, pero que debido a la presencia del engaño en perjuicio de uno de los contratantes, el que actuó con dolo debe responder por los perjuicios que le ha ocasionado a su contraparte. Así, el artículo 211º de nuestro código no sanciona con nulidad el acto, toda vez que, incluso sin la presencia del dolo, éste se hubiere celebrado de todas maneras; pero ofrece la oportunidad al perjudicado a solicitar una indemnización por haber sido víctima, justamente, de ese engaño. Por ejemplo, cuando el precio está sobrevalorado. *“Es dolo incidental –dice Sozzo– aquel engaño pese al cual el negocio igualmente se hubiera celebrado de no haber mediado engaño en diferentes o iguales condiciones, y que, por tanto, sólo autoriza a reclamar daños y perjuicios. Es un dolo no determinante.”*²⁷²

²⁷⁰ ALBALADEJO, Manuel. “El Negocio Jurídico”. Librería Bosch. Barcelona 1993. Pág. 120.

²⁷¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 447.

²⁷² SOZZO, Gonzalo. “Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual.” Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires 2005. Pág. 416.

Como vemos, en ambos casos, ante la presencia de dolo (causante o incidente), el que induce a error a su contraparte está en la obligación de asumir la responsabilidad por dicha conducta. Está demás decir que al haberse presentado el engaño en la etapa de la formación del contrato y si bien sólo en el primer caso se sanciona con la nulidad del acto si es que el perjudicado así lo solicita, la responsabilidad precontractual actúa en protección del contratante de buena fe, otorgándole la posibilidad de solicitar una indemnización.

Aquí también aplicamos lo señalado por Brebbia cuando comenta, siguiendo a Jhering, que si las partes han llegado a la conclusión del contrato materia de las negociaciones preliminares y tal acto es declarado inválido posteriormente por causas imputables a alguno de los contratantes, dando lugar a daños y perjuicios, la situación nacida de esta manera se encuentra comprendida en la teoría de la responsabilidad in contrahendo, ya que las causas de anulación son siempre originarias y se remontan, por ende, a la época en la cual se gestó el consentimiento.²⁷³

También analizando a Jhering, Asúa González explica que *“si se dan los hechos que el § 123 (del BGB alemán) requiere para anular la declaración por maniobras dolosas, estaremos prácticamente siempre ante los presupuestos necesarios para la intervención de la responsabilidad por culpa in contrahendo: relación de conversaciones (en este caso, además, inequívocamente preparatoria de un contrato), vulneraciones de un deber precontractual (así se*

²⁷³ BREBBIA, Roberto H. “Responsabilidad Precontractual”. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 1987. Pág.167.

podrá calificar, cuando menos, la inducción a error) y un daño patrimonial que no ha resultado reparado por la anulación.”²⁷⁴

Pero debemos distinguir el llamado dolo bueno del dolo malo (*dolus bonus* y *dolus malus*, según el Derecho Romano). “El llamado *dolus bonus* –dice Galgano– consiste en la exagerada ostentación de las cualidades de un bien propio o de la propia habilidad profesional que, en ocasiones, acompañan al ofrecimiento de un bien o de una prestación. Es frecuente en los contratos entre el comerciante y el cliente (“este tejido es indestructible”) y caracteriza, sobre todo, la publicidad de los productos industriales destinados a la contratación en serie (“éste medicamento elimina el resfriado al primer síntoma”). Una persona de entendimiento medio sabe que tales cualidades ensalzadas por el vendedor no se corresponden con la verdad y que son fruto de la exageración (sabe que no existen en el comercio, tejidos indestructibles y que la medicina no ha descubierto todavía el remedio infalible contra el resfriado); y dado que el derecho sólo tiene en cuenta el comportamiento del hombre de mediano juicio, nadie podrá en estos casos solicitar la anulación del contrato, ni aún quien hubiese confiado en la veracidad de la exageración.”²⁷⁵

Este tipo de licencias que el derecho concede, no deben tomarse como causales de anulabilidad o ineficacia del acto jurídico, toda vez que son permisibles en tanto no son determinantes de la voluntad. Dice Betti que “han de calificarse como lícitas aquellas sutilezas, exageraciones y malicias que la opinión común tolera como inocuas y naturales en el tráfico, por que todos

²⁷⁴ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “La culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos).” Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág.135.

suelen emplearse en el género de contratación de que se trate (por ejemplo, todo oferente las utiliza al ponderar sus mercancías) y, de otro lado, todo circunspecto contrayente, conociendo su práctica y guardándose de prestarles fe ciega, al resolverse a la conclusión del contrato sólo les concede la consideración relativa que puedan merecer.”²⁷⁶ También suele considerarse al dolo bueno como aquel empleado en la defensa de un interés legítimo, principalmente contra un ladrón o enemigo, o el del médico para ocultar al enfermo su gravedad.

Por otra parte, refiriéndose al dolo malo, Vidal Ramírez²⁷⁷ señala que éste consiste en maquinaciones, artificios, astucias o engaños encaminados a perjudicar a la víctima. Este era considerado en verdad ilícito y, por lo tanto, condenable.

Sin embargo, debemos hacer presente que nuestra legislación y en general el derecho comparado, no contemplan esta distinción. Como dice Cifuentes: *“Si bien ninguna de estas dos distinciones pasó al derecho modernos, tienen, no hay duda, efectiva importancia práctica, sobre todo para establecer una línea de lo que puede considerarse dolo y de lo que no es tal, pues el dolo siempre se traduce en un acto ilícito, y el llamado dolus bonus en las dos acepciones no lo podría ser, en la medida en que se considere un engaño legítimo.”²⁷⁸ En efecto, debemos tener en cuenta que, si bien el límite entre uno y otro puede ser muy sutil, deben los Jueces estar atentos y poder separar ambos*

²⁷⁵ GALGANO, Francesco. Op. Cit. Pág. 311.

²⁷⁶ BETTI, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Traducción del italiano por A. Martín Pérez. Editorial Comares SRL. Granada 2000. Pág. 394.

²⁷⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 444.

conceptos, toda vez que, como se ha visto, no siempre será reprimida una conducta que esté caracterizada por ciertos matices de argucias comerciales.

Refiriéndose a esto último, Gonzalo Sozzo hace un apunte sumamente preciso en su análisis de los comportamientos comerciales actuales. Dice el autor, citando a Galgano, que *“sin embargo, como viene siendo advertido por la doctrina, el linde entre el dolus bonus y el dolus malus cada vez se presenta más incierto”*. Añade además que *“este fenómeno interesa particularmente al derecho del consumidor, especialmente en punto al juzgamiento y calificación de una publicidad como engañosa; en efecto, se sostenía que la mayoría de las afirmaciones publicitarias ingresaban en este supuesto del dolo bueno y que, por tanto, no autorizaban la anulación del contrato celebrado. La doctrina más moderna en el ámbito de los temas de consumo venía recalcando esta necesidad: “Aquellas exageraciones ‘naturales’, permitidas, han de ser observadas con mucho cuidado (...) pero con repercusiones y sentidos muy diferentes de los que poseía en la época en que los comerciantes que concurrían al mercado semanalmente utilizaban el dolus bonus. Hoy, frente a una comunicación en masa, de una tecnología de la comunicación, de una sociedad de consumo, el sesgo de bondad, de usos comerciales conformes con la, en expresión italiana, corretezza professionale, han de ser profundamente revisados por que suponen una extensa zona de inmunidad para la publicidad.”*²⁷⁹ Concluye el autor diciendo que sólo se debe aplicar el principio del dolo bueno a los casos de *puffing* (meras exageraciones)

²⁷⁸ CIFUENTES, Santos. “Negocio Jurídico”. Editorial Astrea. Buenos Aires 1986. Pág. 415.

²⁷⁹ SOZZO, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 416.

Finalizamos esta parte de nuestro análisis señalando que, si bien existen otras clasificaciones o escenarios en los que se presenta el dolo (positivo o negativo, directo o indirecto, del incapaz o recíproco, etc.), lo importante es tener en cuenta que basta que este factor se presente o sea atribuido a uno de los contratantes en el etapa previa a la celebración del contrato, para que sea justificativo de aplicar los conceptos de *culpa in contrahendo* ya estudiados. En estos casos, ya sea que el contrato se invalide o que se procure su conservación, la comprobación de la presencia de dolo dará lugar a la indemnización a favor del perjudicado por *culpa in contrahendo*, entendiendo este término, como ya lo hemos explicado, no sólo como un criterio de imputación sino que engloba la idea de antijuridicidad, refiriéndose a la responsabilidad específica por actuaciones en el período de formación del contrato, como bien lo explicaba Asúa González ²⁸⁰

1.4.- Inexistencia o invalidez del negocio

Como hemos venido analizando, la responsabilidad precontractual se presenta en aquellos casos en los cuales las tratativas precontractuales se frustran de manera injustificada, ocasionando perjuicios al tratante que de buena fe confió en la validez de dichas tratativas, o también en los casos en los que, pese a que un negocio llega a perfeccionarse, en su formación ha existido un vicio que da lugar a que posteriormente se deje sin efecto dicho acto, lo cual genera el deber de indemnizar al perjudicado por parte del causante del vicio. Estos supuestos, que hemos traído a colación en líneas anteriores, pueden dar lugar

²⁸⁰ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “La *culpa in contrahendo*. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos).” Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág.30.

a dos figuras, que si bien son comentadas por la doctrina, no necesariamente están delimitadas a nivel legislativo. Nos referimos a la inexistencia y a la invalidez del negocio.

Veremos a continuación como encajan estos conceptos dentro de las figuras ya analizadas de responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

Comenzaremos diciendo que la razón del estudio de la *culpa in contrahendo* y sus efectos jurídicos, es justamente determinar en qué supuestos se puede aplicar dicha teoría. En lo que respecta a los negocios jurídicos, es evidente que aquella teoría será aplicable en los supuestos en los cuales se presentan ciertos vicios del consentimiento en la etapa de la formación del contrato, o cuando aquellas negociaciones orientadas a perfeccionar un contrato se quiebran de manera abrupta e injustificada. Refirámonos entonces ahora a los casos en que dichos vicios o problemas generan supuestos de inexistencia o invalidez de tales negocios.

Para la celebración de los negocios jurídicos, es necesario que se cumplan con los requisitos establecidos en la ley, a fin de que éstos sean considerados válidos. Sin embargo, cuando estos negocios no llegan a producir los efectos jurídicos buscados por las partes, ya sea por defectos en su estructura o por la aparición de eventos sobrevinientes a su celebración, estamos ante supuestos de ineficacia de los actos jurídicos. A decir de Lizardo Taboada, existen dos grandes categorías de ineficacia de los actos de la autonomía privada: la ineficacia inicial, denominada indistintamente ineficacia originaria, por causa

intrínseca o ineficacia estructural, y por otro lado la ineficacia sobreviniente, denominada indistintamente ineficacia por causa intrínseca o ineficacia funcional.²⁸¹ Así, el autor explica que en la doctrina y en los diferentes sistemas jurídicos se utiliza la expresión de “invalidez” para hacer referencia al concepto de ineficacia estructural, definiendo a ésta como aquella que se presenta al momento mismo de la celebración del acto jurídico, es decir, se trata de un acto jurídico afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración o formación.

Dentro de nuestro régimen jurídico, existen dos grandes categorías de ineficacia estructural o invalidez: la nulidad y la anulabilidad. Para diferenciar rápidamente ambas figuras, podemos decir que el acto nulo es aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o como aquel cuyo contenido es ilícito por atentar contra los principios de orden público, las buenas costumbres o normas imperativas; y acto anulable es aquel afectado por un vicio en su conformación, que afecta únicamente a las partes, pero que puede ser subsanable.²⁸² Según Taboada, existen dos tipos de causales de nulidad específicas: las denominadas nulidades virtuales o tácitas de un lado y las llamadas nulidades expresas o textuales y, para dicho autor, la inexistencia podría subsumirse dentro de las llamadas nulidades virtuales.²⁸³

Por su parte, De Castro y Bravo, refiriéndose a la distinción entre las figuras de

²⁸¹ TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Nulidad del Acto Jurídico.” Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima 2002. Pág. 29.

²⁸² TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Nulidad del Acto Jurídico.” Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima 2002. Pág. 83.

²⁸³ Ibid. Pág. 82.

la invalidez y la ineficacia, señala que *“en la doctrina, especialmente desde Windscheid, se viene distinguiendo entre estos términos. El negocio no vale, si no reúne los requisitos exigidos por la ley; será ineficaz, cuando por cualquier otra razón no produce efectos. Esta carencia de eficacia se caracteriza en que ella no resulta de un no poder sino de un no querer de las mismas partes. (p. ej., negocio condicionado, resoluble, reducible, revocable).”*²⁸⁴

Pese a que considera que la distinción entre invalidez e ineficacia es, en la práctica, de poca utilidad, por cuanto un contrato inválido es también ineficaz, Díez Picazo dice que *“en la doctrina moderna ha encontrado una extensa acogida la postura que distingue por una parte la invalidez del contrato y por otra parte la ineficacia en sentido estricto. Inválido es, se dice, un contrato o un negocio jurídico en el cual alguno de los elementos esenciales falta o se encuentra viciado o un contrato que carece de alguno de los presupuestos necesarios del tipo negocial al que pertenece. La invalidez viene de este modo determinada por el carácter defectuoso del supuesto de hecho contractual. Por el contrario, se llama ineficaz en sentido estricto a un contrato en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico, pero en el cual impide la eficacia una circunstancia extrínseca a él, normalmente sobrevenida. Por decirlo con una imagen gráfica, el contrato inválido sería un contrato que nace muerto o que nace con un vicio teratológico o con una tara congénita que impide su viabilidad, mientras que el contrato ineficaz en sentido estricto es un contrato que nace sano, pero que*

²⁸⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. Cit. Pág. 463.

pierde su vitalidad merced a un accidente exterior.”²⁸⁵

Es, entonces, advertible la independencia del contrato inválido, respecto al ineficaz. Dice Galgano que *“puede decirse que el contrato (o el acto unilateral) es inválido, cuando se opone a una norma imperativa. Debe advertirse en seguida, sin embargo, que la invalidez puede ser de dos clases: el contrato que se opone a normas imperativas puede ser nulo o, simplemente anulable; asimismo, debe advertirse que la ley puede prever, en caso de violación a las normas imperativas, consecuencias distintas de la invalidez.”²⁸⁶*

En el mismo sentido, Betti señala que *“se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medio adecuados para la consecución de sus fines propios. Se califica, en cambio, de simplemente ineficaz, el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez cuando, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él.”²⁸⁷*

En cuanto a la inexistencia, tenemos que tener en cuenta que dicho concepto

²⁸⁵ DIÉZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.” Editorial Civitas. Madrid 1996. Quinta Edición. Vol I. Pág. 457.

²⁸⁶ GALGANO, Franceso. Op. Cit. Pág. 251.

no ha sido considerado dentro de nuestra legislación; sin embargo, es oportuno tener en cuenta que ello no se debe a un descuido o ligereza de nuestros legisladores, sino que obedece más bien a un sentido práctico, ya que dicha figura puede desprenderse de normas que están referidas a la invalidez contractual.

A decir de Díez Picazo, *“ha sido agudamente observado que el concepto de inexistencia del contrato constituye una construcción conceptual de la doctrina francesa, que se sirvió de ella con el fin práctico de eludir las rigurosas consecuencias a que en el Derecho de aquel país conducía el principio tradicional consagrado por la jurisprudencia que imponía el carácter taxativo de las causas de nulidad (pas de nullité sans texte). Efectivamente, partiendo de la idea de que la nulidad sólo puede ser acordada con base en un texto legal, los intérpretes se encontraron frente a supuestos en los cuales el texto legal faltaba, pero en los cuales una absoluta ineficacia venía exigida por la naturaleza misma de las cosas. Por ejemplo, ningún precepto legal declara que sea nulo un matrimonio entre personas del mismo sexo. La ineficacia de una hipótesis semejante viene de su misma inexistencia, piensan los autores. No es que sea nulo. Es que ni siquiera existe.”*²⁸⁸

Estamos pues ante un supuesto, consideramos, distinto al de invalidez o ineficacia del contrato, toda vez que en estos supuestos, hay un vicio que afecta la ejecución del acto, sin embargo, en la inexistencia ni siquiera hay

²⁸⁷ BETTI, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Traducción del italiano por A. Martín Pérez. Editorial Comares SRL. Granada 2000. Pág. 405.

²⁸⁸ DIÉZ – PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.” Editorial Civitas. Madrid 1996. Quinta Edición. Vol I. Pág. 455.

contrato. Por ello, compartimos el criterio de De Castro y Bravo, quien señala que admitida la especialidad de la inexistencia del contrato, se presenta la necesidad de distinguirla de la nulidad. A tal efecto, se diría que se trata de “negotium non existens” (Nichtrechtsgeschäft), cuando la falta de requisitos positivos impide hasta la apariencia del negocio; mientras que la nulidad resultaría de una prohibición o requisito negativo, contrario a la validez. El negocio inexistente se compara a un fantasma y el nulo al nacido ya muerto. Muchos autores han considerado insuficientes estas explicaciones para justificar la distinción entre las dos figuras; se trataría, se objeta, de nociones sociológicas, extrañas al Derecho positivo, y que más complican que aclaran. Frente a estas censuras, se ha defendido todavía el mantenimiento de la calificación de la inexistencia, diciendo que ella se dará cuando la falta de un requisito sea de tal alcance que impida la identificación del negocio, que haga inconcebible el negocio, o que impida se dé el concepto del negocio. Señalándose además que el negocio nulo puede ser convalidado, convertido en otro válido y tener eficacia como putativo, lo que no sucede con el negocio inexistente.²⁸⁹

Fundamentalmente, dicen los autores, las razones para mantener la vigencia de esta figura, pese a las críticas que recibe, son de orden meramente práctico, ya que ella presta utilidad cuando se presenta algún caso que, *debido a una conducta anómala, una corruptela o a consecuencia de una parcial debilidad de la conducta social,*²⁹⁰ éste no ha sido sancionado con la nulidad del mismo y, como sabemos la nulidad sólo se sanciona por causa establecida

²⁸⁹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. Cit. Pág. 464.

²⁹⁰ Ibid. Pág. 465.

legalmente. En estos casos, ante la presencia de un hecho cuya nulidad no ha sido específicamente señalada en la ley, pero que es manifiestamente contrario al orden social, se recurre a la figura de la inexistencia (por ejemplo, la invalidez del matrimonio de personas del mismo sexo –según nuestra realidad actual–). En estos casos, *“el ordenamiento jurídico no puede elevar el negocio inexistente, en cuanto tal, a la condición de fattispecie.”*²⁹¹

La característica primordial de los negocios inexistentes es que éstos no producen ningún efecto. Se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe de él más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente.²⁹²

Habiendo descrito los conceptos de invalidez e inexistencia y su tratamiento en la doctrina, es conveniente someter a consideración el hecho de la generación de responsabilidad precontractual ante la presencia de estos dos conceptos. Veamos: hemos coincidido en que en los actos inválidos hay un vicio que afecta la ejecución del acto, un vicio que, se dice, puede ser incluso convalidado o subsanado o, eventualmente, sería causal suficiente para dar por extinguida la relación obligacional. Estamos ante casos, según lo señalaba

²⁹¹ SCONAMIGLIO, Renato. “Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico”. Traducción del italiano por Leysser L. León. Editora Jurídica Grijley. Lima 2004. Pág. 445. El autor hace un excelente análisis de la evolución de la figura y de la similitud con el negocio nulo, justificando las diferencias entre ambos en la ausencia de la cualidad de *fattispecie jurídica* en la inexistencia contractual.

²⁹² BETTI, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Traducción del italiano por A. Martín Pérez. Editorial Comares SRL. Granada 2000. Pág. 408.

Lizardo Taboada, de nulidad o anulabilidad del acto por vicios en su formación –vicios a los cuales ya nos hemos referido–. Entonces, no existe mayor controversia en señalar que frente a los supuestos de invalidez del acto, existe plena convicción en afirmar que se presentan casos de responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo*, según los postulados de Jhering sobre los cuales ya hemos comentado.

En efecto, es evidente que ante un caso de invalidez contractual, se ha producido un vicio en la celebración del acto, en la etapa precontractual, que ha determinado que el negocio sea declarado nulo o anulado. En estos casos, el contrato llegó a celebrarse, llegó a perfeccionarse, incluso puede que alguna de las prestaciones hayan sido ejecutadas, pero por defectos anteriores a su celebración, por vicios verificados antes de su perfeccionamiento, este negocio ha sido anulado. Entonces, es evidente que, de haberse producido este supuesto, no cabe duda de que existe una responsabilidad en aquel que ha determinado la existencia del vicio y el perjudicado tendrá pleno derecho de poder exigir una satisfacción por los daños que se le haya causado. Creemos que sobre este punto no hay mayor discusión.

Ahora, en cuanto a los supuestos de inexistencia del contrato, es decir en aquellos casos en los cuales no existe contrato, que no se ha llegado a celebrar el contrato, no hay perfeccionamiento del mismo, cabe preguntarse si también es coherente hablar de responsabilidad precontractual, más aún si tenemos en cuenta que según algunos autores, la característica primordial de los negocios inexistentes es que éstos no producen ningún efecto por cuanto

no existe de él más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente.²⁹³

Analicemos en principio el caso de la ruptura injustificada de las tratativas precontractuales. Sabemos que en virtud a los deberes que se generan en las partes tratantes debido, justamente, al contacto comercial que entablan, se genera un deber de conducta, un deber de comportamiento, de actuación según el principio de la buena fe que *obliga* a las partes a procurar evitar un perjuicio injustificado en su co-tratante. Pero cuando estamos ante la producción de un perjuicio por apartamiento injustificado de las tratativas, según los casos que ya hemos analizado, estamos también, de acuerdo a los conceptos que hemos traído a comentario, ante casos de inexistencia contractual, de casos en los cuales no hay contrato, según las definiciones formales del término. Nosotros consideramos que en estos casos sí debe considerarse la validez de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. Nuestro argumento es en realidad sencillo de demostrar. Si bien nuestra legislación –y en general la legislación comparada– no presenta regulación especial sobre estos supuestos, es oportuno que se busque la protección de la parte que, actuando con buena fe subjetiva y comportándose según los cánones normales negociales, sufre perjuicios ocasionados por la conducta desleal de su co-tratante. No se puede permitir, según lo que ya hemos analizado, que queden sin protección este tipo de daños.

²⁹³ BETTI, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Traducción del italiano por A. Martín Pérez. Editorial Comares SRL. Granada 2000. Pág. 408.

Coincidimos con los autores que señalan que, al no haberse celebrado ningún contrato, éste no genera efectos, pero precisamos que esto debe entenderse como que no se generan los efectos propios del contrato que eventualmente estaba por celebrarse. Es decir, que debemos entender que ante la no celebración de un contrato no pueden exigirse las prestaciones que normalmente se desprenden del tipo de contrato que no llegó a perfeccionarse (por ejemplo, si no se celebra un contrato de compraventa, sería imposible que las partes se exijan, recíprocamente, la entrega del bien y el pago del precio, dado que nunca se celebró el contrato). Pero ante la ruptura de las negociaciones, la actuación de mala fe de una de las partes sí genera efectos jurídicos, no los del contrato, pero sí los de asumir la responsabilidad si es que por su actuación se ha generado un perjuicio a la otra parte.

Por ello, debemos distinguir a qué efectos jurídicos se refiere la doctrina que señala que la inexistencia de un contrato, no genera ninguno. No se generan los efectos propios del contrato, pero tal inexistencia es posible que de lugar a otro tipo de efectos jurídicos, los que se producen en razón a las causales de dicha inexistencia: *la responsabilidad por comportamientos lesivos durante el período de formación del contrato que implican la violación de deberes precontractuales.*²⁹⁴

Otro caso típico que se suele traer a colación cuando se trata de explicar la existencia de responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo* por

inexistencia de contrato, es el del *linoleumfall* o el caso del linóleo, presentado en el Derecho alemán. Citaremos a Asúa de González²⁹⁴ para ilustrar este caso. *“En síntesis –dice la autora– los hechos que dieron lugar a la citada sentencia (se refiere a la sentencia de 1911) fueron los siguientes: la demandante entró en un almacén, donde realizó algunas compras; se dirigió después al lugar donde estaba colocado el linóleo con la intención de comprar una alfombra de este material, comunicando tal intención al dependiente que la atendió, el cual, al sacar el rollo señalado por la clienta, colocó otros dos aparte que cayeron sobre ella y su hijo, produciéndoles heridas; la compra, finalmente, no se llegó a realizar. En las dos primera instancias se consideró probada la culpa del ayudante y se responsabilizó al dueño del almacén – no queda claro el criterio utilizado para ello – en base al § 278 (del Código Civil alemán); posteriormente el caso fue objeto de recurso de revisión ante el RG, que confirmó el resultado al que habían llegado las instancias anteriores. El argumento utilizado por este tribunal no fue el de la existencia de un contrato preparatorio sino la de una relación preparatoria de la compra con carácter similar a la contractual y creadora, tanto en el vendedor como en el comprador, de un deber de cuidado respecto a la salud y a la propiedad de la otra parte. Esta relación jurídica preparatoria tenía su origen, según el RG, en la solicitud – y su posterior aceptación por parte del dependiente – de que se procediera a la muestra de mercancías.*

El hecho de que en el linoleumfall – caso del linóleo . se reconociera por primera vez una obligación indemnizatoria de acuerdo a principios

²⁹⁴ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “La *Culpa in contrahendo*. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)”. Servicio Editorial Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág. 55.

²⁹⁵ Ibid. Pág. 91.

contractuales, sin haberse celebrado un contrato y sin recurrir tampoco a la ficción de su existencia, ha hecho que el mismo sea señalado como la primera ocasión en que se reconoció a nivel jurisprudencial la responsabilidad por culpa in contrahendo.”

En el caso descrito, no hubo entre las partes, los damnificados y el dueño de la tienda, ningún contrato previo, ya que los perjuicios se produjeron cuando se estaba mostrando la mercadería. No hubo ningún tipo de acuerdo, aún, respecto al precio de venta ni a al bien materia de compra y, sin embargo, una de las partes sufrió daño (en este caso físicos). Pues bien, estamos también ante un caso de inexistencia de contrato, ya que en ningún momento se llegó a perfeccionar la compra, pero se genera el deber de resarcir los daños causados en mérito a los deberes que se originan a raíz del contacto comercial entre las partes. Deberes como los de diligencia y cuidado, no sólo los de buena fe, que evidentemente siempre son exigibles, hacen que en este tipo de casos, aunque el contrato aún no se haya celebrado, se genere una responsabilidad de la parte generadora del daño. La explicación o el fundamento de esto radica en *la existencia de responsabilidad en base a criterios contractuales sin haberse celebrado un contrato y sin recurrir tampoco a la ficción de su existencia, que el daño reparado no sólo pueda ser primariamente patrimonial sino físico y el que se justifique la contractualidad afirmando la existencia de una relación jurídica preparatoria de la compra con carácter similar a la contractual.*²⁹⁶

²⁹⁶ Ibid . Pág. 94.

Así pues, a manera de conclusión, consideramos conveniente resumir que, ante los casos de invalidez o inexistencia contractual, puede válidamente sostenerse que se generan efectos resarcitorios de los daños injustamente causados en la parte fiel, justamente en aplicación a los principios analizados, efectos que encuentran su justificación en la responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo*.

1.5.- Incumplimiento de la oferta y de los contratos preparatorios

Dentro de los elementos necesarios para la validez del contrato, encontramos al consentimiento en un lugar preferencial. Se dice que es elemento esencial, el más importante de todos, porque si las partes no se ponen de acuerdo, no hay contrato. Coincide la doctrina en definir al consentimiento como la concurrencia de las declaraciones de voluntad, en la que ellas deben coincidir, por ello, dice el artículo 1352 de nuestro Código Civil, que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, además de aquellos casos en los que la formalidad sea un requisito adicional de validez de los mismos. Pero quedemos en la primera parte del artículo.

Manuel de la Puente y Lavalle ha señalado que *la conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de una voluntad común, o sea el consentimiento. Desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya, y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido.*²⁹⁷ Nótese que

²⁹⁷ “El Contrato en General”. Manuel de La Puente y Lavalle. Palestra Editores. Lima 2003. T., I. Pág. 96

la oferta y la aceptación son considerados como elementos esenciales de la conclusión del contrato y como presupuestos necesarios de un consentimiento válido.

Analizaremos ahora los casos de responsabilidad por incumplimiento injustificado de la oferta y de la aceptación

1.5.1.- La oferta y la aceptación

Como ya hemos analizado en otra parte de este trabajo, se define a la oferta como una declaración unilateral de voluntad formulada por una de las partes a la otra, con el propósito o la finalidad de invitarla a celebrar un contrato (negocio jurídico), sobre determinadas bases. La oferta es una declaración de voluntad denominada receptiva cuya validez depende de su recepción por aquella a la cual se la ha dirigido, llamado destinatario. Entonces, podemos decir que la oferta es una declaración unilateral de voluntad mediante la cual el oferente o declarante realiza una propuesta al destinatario cuya finalidad es la celebración de un determinado negocio jurídico (contrato).

Ya sabemos que la oferta, por ser una declaración unilateral de voluntad, por si sola no produce efecto propio alguno. Una vez que el destinatario acepte la propuesta que le han formulado dando su aceptación, se dará origen a la celebración del contrato que finalmente se llevará a cabo por un acuerdo de voluntades (declaración plurilateral de voluntad) y no por la oferta por si sola (declaración unilateral de voluntad). Pero cuidado, no confundamos la oferta

con la promesa unilateral (contenida en el art. 1956 y ss. del Código Civil), que está definida como el acto jurídico unilateral en virtud del cual el declarante queda obligado a ejecutar una prestación a favor de otra persona, la cual puede constituir en un dar, hacer o no hacer. La promesa unilateral acarrea, por tanto, para el sujeto pasivo que formula la declaración, consecuencias iguales a las que genera el contrato, o sea, la formación de una obligación a su cargo. En cambio, la oferta sólo cobra relevancia para el Derecho cuando es aceptada, antes de eso es una declaración de voluntad unilateral recepticia (es decir que debe estar dirigida a una persona determinada para que sea conocida por ésta) que no determina de por sí el nacimiento de la obligación.²⁹⁸

El carácter obligatorio de la oferta está contenido en el artículo 1382 de nuestro Código Civil y es conveniente definir sus alcances. *“Doctrinariamente –dice De la Puente y Lavalle– la obligatoriedad de la oferta, o sea que no pueda ser revocada por el oferente, es una de las dos manifestaciones del principio de la vinculación del oferente, según el cual éste, por el hecho de formular la oferta, queda sujeto a todas las consecuencias de ella, independientemente de su voluntad. La otra manifestación del citado principio es la autonomía de la oferta, que consiste en la independencia de ésta respecto al fallecimiento o incapacidad del oferente.”*²⁹⁹

Compartimos el criterio de De la Puente respecto a los efectos que se generan

²⁹⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Estudios del Contrato Privado.” Cultural Cuzco S.a. Editores. Lima 1983. T. I. Pág. 180.

²⁹⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General”. Palestra Editores. Lima 2003. T. I. Pág. 581. En esta parte de su exposición, el autor señala que si bien en un primer momento, al efectuarse la exposición de motivos del Código Civil, se indicó que la oferta es sinónimo de propuesta y también de policitación, existe a nivel doctrinario distinción entre estos términos: propuesta consiste en la

a partir del artículo en mención, cuando señala que no se trata de que simplemente el oferente está obligado a respetar la oferta y que si la revoca, contraviniendo las normas, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, sino que cualquier revocación hecha por el oferente durante la vigencia del plazo no produce efecto alguno; es como si no hubiera sido hecha, de tal manera que la aceptación de la oferta determina necesariamente la celebración del contrato, lo cual se produce de manera automática en el momento en que dicha aceptación llega a conocimiento del oferente.

En cuanto a la aceptación, el otro elemento esencial del consentimiento y que finalmente dará lugar a la existencia de un contrato, es también una declaración unilateral de voluntad efectuada por el destinatario de la oferta y dirigida a éste, en mérito a la cual se le pone en conocimiento su conformidad con los términos de la oferta que ha recibido. Mediante la aceptación de la oferta, el destinatario al dar su conformidad, expresa libre y voluntaria al oferente, se ha logrado el acuerdo de voluntades entre las partes (oferente y destinatario) quedando perfeccionado el contrato. Si bien es cierto que con la oferta se inicia el proceso de celebración del contrato, con la aceptación se da por concluido el mismo. Es pues una manifestación de voluntad sustancialmente exteriorizada por el destinatario (de la oferta) de manera tácita o expresa, cuya expresión se encuentra constituida por una respuesta afirmativa, configurándose con ello el acuerdo de voluntades entre el oferente y el aceptante y dando origen a la celebración del contrato.

declaración unilateral del oferente que aún no es conocida por la otra parte y por lo tanto es revocable, mientras que plicitación es la oferta que aún no ha sido aceptada.

No nos vamos a detener en las diversas situaciones que se pueden generar en esta etapa de la formación del contrato válido, como la contraoferta o el silencio como forma de aceptación; lo que queremos es centrarnos en analizar en qué consiste objetivamente la aceptación.

Al igual que la oferta, la aceptación por sí sola no produce efectos; sólo será eficaz a partir de que es conocida por el oferente, oportunidad en que se dará lugar a la conclusión del contrato. A decir de la doctrina nacional, *“este tema no tiene mayor relevancia cuando estamos frente a dos partes que se encuentran en comunicación inmediata y que están en el mismo lugar; vale decir, cuando ambos contratantes se encuentran frente a frente.... El problema adquiere relevancia cuando las personas o las partes, a pesar de encontrarse en comunicación inmediata, no están en el mismo lugar; o cuando sin estar en comunicación inmediata, se encuentran en el mismo lugar o en lugares distintos.”*³⁰⁰

Siguiendo a Castillo Freyre³⁰¹, quien coincide a su vez con Manuel de la Puente, lo importante es saber exactamente cuándo se tiene por celebrado un contrato, porque dependiendo de ello, podremos establecer si es que estamos ante un contrato válido o no, sobre todo respecto a los siguientes efectos:

- a. *Rige la ley vigente al momento de la celebración del contrato.*
- b. *Determinará la licitud o ilicitud del contrato.*

³⁰⁰ CASTILLO FREYRE, Mario, MARTÍN HORNA, Pierre. “Tratado de la Teoría General de los Contratos. La plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea.” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol XX. T I. Pág. 27.

³⁰¹ Ibid. Pág. 33.

- c. *Los plazos señalados en el contrato se empiezan a computar desde el momento de su celebración, tema que tiene relevancia en lo referente a la prescripción y caducidad.*
- d. *La capacidad de las partes.*
- e. *Determinará si la aceptación es oportuna.*
- f. *Será decisivo para ser preferido en materia de concurrencia de acreedores de bien cierto.*
- g. *Fraude del acto jurídico.*
- h. *En lo que atañe a las obligaciones de saneamiento, el derecho del tercero y los vicios ocultos deben existir al momento de la transferencia del bien.*
- i. *En la compraventa con precio dejado al que tuviese el bien en el mercado, plaza o bolsa, se considerará el del día de la celebración del contrato.*

No debemos olvidar que ante contratos nulos, inválidos o inexistentes, se puede establecer responsabilidad por *culpa in contrahendo*, si es que se comprueba que existió algún vicio atribuible a una de las partes que determinó la invalidez o ineficacia del contrato, o si es que la conducta de uno de los tratantes ante casos de inexistencia de contratos, ha generado la producción de daños en su contraparte. Por ello es importante tener presente que tanto la oferta como la aceptación deben ser válidas, serias y de acuerdo a ley. La oferta no crea relaciones jurídicas, sino que determina la existencia de los presupuestos para un válido ejercicio del poder de aceptación o de rechazo de la misma.

La eficacia del acto de aceptación es la de llevar al perfeccionamiento de la

hipótesis de hecho (*fattipsecie*), la cual se origina a partir de la oferta; a la extinción del procedimiento que conduce a la celebración del contrato y a la asunción de la posición jurídica compleja que hace el mismo. Al igual que para el caso de la oferta, la ley fija los supuestos y requisitos para la revocación de la aceptación.

1.5.2.- Responsabilidad por incumplimiento injustificado de la oferta y de la aceptación

Cuando hemos definido la inexistencia contractual, hemos establecido que es aquella en la que no hay contrato, no existe éste como figura comercial y, por lo tanto, no se generan efectos jurídicos ante su presencia. Esto, ya hemos dicho, no es impedimento para que puedan generarse otro tipo de efectos, dependiendo de si es que hubo daños generados antes de la celebración de un contrato.

Pues bien, cuando hacemos referencia a la oferta, estamos indicando que, por tratarse en principio de una declaración unilateral, no tiene ningún efecto jurídico en el campo contractual. Pero también hemos dicho que la oferta obliga al oferente a mantenerla y cumplirla, según lo establece nuestra normativa. Entonces, si bien la oferta se sitúa en ese momento en que aún no existe contrato, existen deberes para el que la formula. Por ello es importante que distingamos el momento de la oferta, de aquel en que ésta fue aceptada.

El cumplimiento de la oferta conlleva a mantenerla por el plazo establecido, de

lo contrario, el destinatario podrá válidamente reclamar por los daños y perjuicios que la falta de perfeccionamiento del contrato le hayan ocasionado. Es decir que la revocación injustificada si puede dar lugar a la responsabilidad por parte del oferente, al resarcimiento de los daños generados. Pero esa responsabilidad es, más bien, de naturaleza contractual.

Nos explicamos. Hemos ya concluido en que la oferta, que si bien debe mantenerse por el plazo establecido, por si sola no genera efectos. Estos sólo aparecen cuando la misma es aceptada. Entonces, teniendo en cuenta la unión de la oferta con la aceptación dan lugar al consentimiento, el cual es suficiente para que exista contrato, entonces es claro que al revocarse injustificadamente una oferta que ya fue aceptada o, lo que es lo mismo, al incumplirse los términos de la misma dando lugar a la no celebración del contrato, lo que tenemos es que ya existe responsabilidad contractual en el oferente, por cuanto al producirse el consentimiento, gracias a la aceptación del destinatario, se entiende que el contrato se ha celebrado. No debe confundirse este momento con el incumplimiento de las prestaciones nacidas de un contrato ya celebrado. En el incumplimiento de la oferta, el oferente no cumple con el perfeccionamiento del mismo, mientras que en el otro caso, estamos ante el incumplimiento de las prestaciones originadas de un contrato ya perfeccionado.

De igual modo, cuando nos referimos al incumplimiento injustificado de la aceptación, nos referimos a la falta de perfeccionamiento del contrato, sin embargo, por las mismas razones antes expuestas, en este caso también

estaríamos ante supuestos de responsabilidad contractual típica, ya que ante la oferta y la aceptación, se tiene que el consentimiento de las partes ha dado lugar a la existencia de un contrato.

Sólo para puntualizar un tema adicional, diremos que no estamos ante supuestos en los que hay vicios en la celebración del contrato, sino ante el incumplimiento de las obligaciones de partes concretamente determinadas respecto a obligaciones que nacen de sus respectivas condiciones de oferentes y aceptantes, obligaciones que están perfectamente delimitadas en la norma y por lo que no se les puede confundir con casos de responsabilidad precontractual, según los conceptos que ya hemos analizado.

1.5.3.- Los contratos preparatorios y las consecuencias de su incumplimiento.

Nuestro Código Civil regula el régimen de los contratos preparatorios a parir del artículo 1414, estableciendo que *“Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo.”* Esto significa que este tipo de contratos son *“un medio de preparar situaciones jurídicas destinadas a producir consecuencias para un momento posterior, pero dejando ya en pie un compromiso.”*³⁰²

³⁰² ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo I. Contratos: Parte General”. Gaceta Jurídica Editores. Lima 1995. Pág. 202.

Nuestro Código se adhiere a la tesis propuesta por Messineo³⁰³, quien señala que *“el contrato preliminar constituye un ulterior aspecto del fenómeno de la formación progresiva del contrato...; dicho aspecto es tal en el sentido especial de que, mediante el preliminar, los efectos jurídicos normales del contrato no se producen todos inmediatamente; se producen tan sólo algunos, por que las partes lo quieren así. En todo lo demás, el preliminar es un contrato común; y como tal, exige que concurren todos los requisitos (especialmente la capacidad de contratar). Como noción sumaria puede darse esta: el preliminar es un contrato dirigido a la conclusión de otro (futuro) contrato entre las mismas partes.”* Y más adelante señala el mismo autor *“En principio, el contrato preliminar (denominado también promesa de contrato, pre-contrato, o pactum de contrahendo, o pactum de ineudo contractual, y más conocido por los prácticos bajo el nombre de compromiso) puede preceder a la formación de cualquier tipo de contrato: consensual o real; con prestaciones recíprocas, o con prestaciones a cargo de una sola parte (es admisible un preliminar de locación, de contrato de obra, de mutuo, de transporte, de cesión de crédito, etc.); pero su aplicación más frecuente se encuentra a propósito de los contratos traslativos de propiedad o constitutivos de otros derechos reales (en general, de todos los derechos reales sobre una cosa ajena), o traslativos de los mismos (ejemplo, superficie, enfiteusis, usufructo), o también de derechos personales. Según que una parte quede vinculada o queden vinculadas ambas, tendremos la figura del preliminar unilateral (o promesa unilateral de contrato) o bien del preliminar bilateral (o promesa bilateral de contrato)”*

³⁰³ MESSINEO, Francesco. “Doctrina General del Contrato”. Traducción del italiano por R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1986.

Citando a De Ruggiero, Arias-Schreiber³⁰⁴ anota que la función de los contratos preparatorios no es otra que vincular a las partes, comprometiéndolas a la conclusión de un futuro contrato que por ahora no se quiere o no se puede estipular; su objeto no es el propio del contrato que habría de celebrarse, sino la conclusión de éste, o sea un “*facere*”, consistente en asentir o en prestarse a cuanto precise para dar vida al contrato que se promete estipular (por ejemplo, el contrato preliminar de compraventa no es compraventa, sino que obliga únicamente a las partes a celebrar el contrato de compraventa).

Dentro de las características de este tipo de contratos, tenemos en principio que ellos carecen de un fin económico propio inmediato, por cuanto su celebración no determina la afectación, aún, de un patrimonio, hecho que se dará recién cuando se celebre el contrato definitivo. Por lo tanto, se dice que no regula ninguna relación patrimonial.

De igual modo, se puede ver que este tipo de contratos garantizan o aseguran la celebración de un futuro contrato, porque las partes así lo quieren y con tal finalidad se comprometen a ello. No estamos ante una declaración unilateral de voluntad, estamos ante un verdadero contrato con sustantividad propia en el que participan las voluntades comunes de los contratantes, cuya naturaleza jurídica es la de una obligación de hacer: no consisten en un dar, ya que no se transmite nada, sino que obliga a las partes a realizar una conducta posterior, que es la celebración del contrato definitivo. Entonces, debemos precisar que

T. I. Pág. 354.

las obligaciones generadas por este contrato, no recae sobre las cosas sino sobre las personas: “*facere*”.

Otra característica que se desprende de su tratamiento a nivel nacional, es que, para nuestro sistema jurídico, se trata de un contrato típico, por cuanto en nuestro Código se encuentra regulado expresamente. Sin embargo, esto no es uniforme en la doctrina (es decir que hay autores que no le atribuyen la condición de contrato típico), toda vez que existen legislaciones en las cuales no se contempla dicha figura. Así, en nuestro Código se han establecido dos subcategorías de contratos preparatorios: el compromiso de contratar (artículo 1414) y el contrato de opción (artículo 1419). El primero es el contrato preparatorio propiamente dicho. En el segundo, la opción corresponde a la facultad que una de las partes intervinientes tiene para convertir automáticamente en definitivo el contrato preparatorio con su sola declaración unilateral de voluntad; aquí ya está redactado el contenido final del contrato definitivo.

Para nosotros, el contrato de opción no constituiría en estricto un contrato preparatorio, toda vez que en aquel ya están establecidos todos los efectos del contrato definitivo, los cuales van a ser eficaces por la sola decisión del optante, en cambio, en el compromiso para contratar, se establece la obligación para, en el futuro, celebrar uno definitivo.

³⁰⁴ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo I. Contratos: Parte General”. Gaceta Jurídica Editores. Lima 1995. Pág. 203.

Al margen de la distinción señalada, los contratos preparatorios son autónomos, es decir que por sus propias características y contenido, se mantienen distintos de los contratos definitivos y se caracterizan, justamente, por fijar previamente el contenido de este contrato, sin perder su propia identidad. Esta autonomía hace que este tipo de contratos sean exigibles y que de ellos se deriven todos los efectos obligacionales propios de los contratos perfectos. Es decir que para su eficacia no se requiere de ningún otro elemento adicional ni dependen de factores externos. Cualquiera de las partes puede exigir a la otra, en cumplimiento de la obligación de hacer establecida en él, la celebración del contrato proyectado, teniendo en cuenta que con la promesa se han vinculado para la celebración del contrato definitivo y futuro, al momento en que ellos mismos lo han determinado. Es un contrato autónomo de carácter diferido, en el cual están establecidos los elementos y condiciones generales del futuro contrato definitivo.

La autonomía de este tipo de contratos a la que hemos aludido, da lugar a que ante el incumplimiento de sus estipulaciones, es decir, ante el incumplimiento de una de las partes de honrar las prestaciones pactadas y no celebrar el contrato definitivo, la otra parte puede válidamente exigir judicialmente la celebración del contrato, puede pedir la resolución del contrato o puede demandar la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Es decir, que se generan los mismos efectos que en la inejecución contractual de cualquier otro tipo de contrato. No hay diferencia alguna en ese sentido.

Si esto es así, entonces podríamos establecer como premisa que el incumplimiento de los contratos preparatorios no encajaría dentro de los supuestos de *culpa in contrahendo*, según el análisis de esta figura que hemos venido realizando. En efecto, si es que consideramos que según la doctrina los contratos preparatorios, sea cual fuera la modalidad que se adopte, constituyen por si mismos contratos típicos (según la legislación aplicable) y con autonomía propia, entonces los postulados de la figura de la responsabilidad precontractual no serían de aplicación para los casos de incumplimiento de los mismos, ya que nos encontraríamos más bien ante casos de típica responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones establecidas en contratos válidos y formalmente perfeccionados.

La responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo* se aplica en los casos en los cuales el contrato es declarado nulo por la existencia de algún vicio en su formación, o ante los casos en los que la interrupción injustificada de las tratativas precontractuales da lugar a la producción de daños en el contratante fiel. Sin embargo, cuando hablamos de incumplimiento de un contrato preparatorio, estamos ante supuestos en los cuales estos contratos han sido válidamente celebrados, ya han sido perfeccionados y, como ocurre con cualquier otro tipo de contrato, no se cumplen las prestaciones establecidas en el mismo a cargo de una de las partes, que en este caso se constituyen en prestaciones de hacer: celebrar uno definitivo.

Si bien los contratos preparatorios tienen por objeto la celebración de uno definitivo posterior, no significa que su inexecución dará lugar a la

responsabilidad contractual. Por el contrario, su incumplimiento dará lugar al típico caso de responsabilidad contractual, con las particularidades y características que dichos casos de inejecución acarrearán. Aquí no se ha producido ningún vicio en la celebración del contrato preparatorio ni en el definitivo, ni tampoco hay un alejamiento injustificado de las tratativas precontractuales; simplemente estamos ante un caso de incumplimiento de prestaciones formalmente establecidas en un contrato autónomo.

En consecuencia, consideramos que el incumplimiento de los contratos preparatorios no genera responsabilidad por *culpa in contrahendo*, toda vez que, al tratarse de supuestos distintos a los que puede aplicarse aquella, no encaja dentro de su tutela. Al contrario, lo que corresponde ante el incumplimiento de los mismos es, simplemente, responsabilidad contractual pura y simple.

2.- Función de la culpa in contrahendo

Hemos analizado los diversos supuestos en los que cabe aplicar los criterios de responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo*. Sin embargo, lo que cabe en este punto es determinar qué tipo de responsabilidad se debe aplicar cuando se presentan estos casos. Veremos en las líneas siguientes, si es que estamos ante supuestos en los que debe aplicarse responsabilidad contractual, extracontractual o si es que en verdad estamos ante una forma *sui generis*, atípica, de responsabilidad.

2.1.- Identificación del Daño

Como se ha dicho, el sistema de la responsabilidad civil continuamente se encuentra en revisión. El esquema clásico, individualista, propio de las codificaciones civiles decimonónicas, cuyo máximo exponente es el Código Francés o Código Napoleónico, ha sido largamente superado. La revisión de algunos de los postulados clásicos, en materia de responsabilidad civil y la crisis de ciertos principios que en este campo se han tenido como incuestionables son, en buena medida, determinantes de lo que se ha denominado "la crisis de la responsabilidad civil".

Dentro de la moderna reelaboración del problema de la responsabilidad civil producida por virtud de las profundas transformaciones sociales y culturales que derivaron del desarrollo tecnológico, con un notable incremento de hechos dañosos, la óptica del fenómeno se trasladó desde la estructura del acto ilícito hacia la del evento lesivo. Es decir, en el moderno derecho de daños se pone la mirada en la protección de la víctima, reformulando los presupuestos de aquella institución. En este sentido, las modernas tendencias postulan una reelaboración del fenómeno resarcitorio a partir de la prescindencia del presupuesto de la ilicitud, centrando toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del perjuicio sufrido. Por ende, el daño pasa a ser el presupuesto esencial de la responsabilidad, y la culpa (otrora factor casi exclusivo) uno de los criterios que, conjuntamente con otros y con igual valor, conforman un sistema para la imputación del nocimiento.

La responsabilidad civil se ha redefinido, entonces, como una reacción contra el daño injusto. Ante la imposibilidad de la eliminación del daño, el problema se presenta como una transferencia de un sujeto (la víctima) a otro (el responsable). En suma, la responsabilidad civil no es una forma de sancionar al culpable, sino de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió, cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento.

Es posible hablar de daño, aun con prescindencia de una conducta ilícita. Es decir, que incluso en aquellos casos en los cuales el daño se haya producido en mérito a una conducta o actividad no antijurídica, existirá el deber de resarcir por el menoscabo que dicha actividad haya ocasionado. De esta manera, al abandonar la tesis de la conducta antijurídica como elemento central de la responsabilidad, se revierte la estructura de la institución, pues ya no la conceptualizamos como un comportamiento contrario a un derecho o interés protegido, sino más bien como una lesión no justificada por un derecho o interés superior del lesionado. Este enfoque implica que se debe formular el concepto de daño injusto, no sustentándolo en una visión que parta del comportamiento antijurídico del causante, sino más bien sustentado en torno al principio del *alterum non laedere*, entendido éste como principio orientado a suministrar protección a todo interés merecedor de tutela. Dice Fernández Cruz que *“Pero hoy, parece incontestable el cambio de perspectiva de la responsabilidad civil que, enfrentando ya los resultados de la industrialización, ha dejado de ser concebida como una reacción al ilícito para pasar a ser entendida como una reacción al daño injusto; que de ser concebida bajo una*

*óptica sancionatoria, ha pasado a ser concebida con una función esencialmente satisfactoria; y que de ser apreciada desde la perspectiva del agente emisor de voluntad, ha pasado a ser apreciada bajo la perspectiva de la víctima*³⁰⁵ Es este un resumen apropiado del salto cualitativo que ha dado la responsabilidad civil en los últimos tiempos, en los que se pone mayor atención en la víctima y no tanto en el dañante.

En efecto, el sentido que podemos encontrar al principio del *alterum non laedere*, debe estar orientado no a prohibiciones de conductas, sino en la obligatoriedad de asumir las consecuencias resarcitorias por la producción de daños no justificados. Se otorga así a este principio ya no un concepto preventivo, sino más bien se le reconoce como un instrumento de protección de todo interés digno de tutela.

El aspecto central de este concepto, determina la necesidad de sopesar los intereses antagónicos de las partes para determinar la existencia del instituto de la responsabilidad. Nos explicamos. Ante la producción de un determinado daño, el Juez deberá evaluar los intereses de las partes, o, dicho de otro modo, deberá hacer un análisis comparativo-valorativo de los intereses de las partes para determinar la procedencia del resarcimiento como medida de reparación del daño causado. Deberá determinarse, en primer lugar, si es que el daño producido es justificado si es que luego del análisis se verifica que el interés del productor del mismo, es superior al del dañado. Es decir, si es que le asiste un

³⁰⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Imputabilidad en la Inejecución de las Obligaciones.” En la obra colectiva. “Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Obligaciones”. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo 2004. Tomo VI. Pág. 850.

derecho preferente, en la medida de que el Derecho, como regulador social, autoriza el acto, aun a costa del daño producido.

Entonces, el daño injusto y, por lo tanto, el deber de resarcir, encuentra su motivación, no solamente en el castigo de una conducta dañosa, sino que ante todo, debe establecerse si esa conducta obedece a un interés superior del lesionante, y sólo se establecerá el deber de resarcimiento si es que dicha conducta no tiene un justificativo idóneo que haga incontestable su superioridad frente al interés lesionado de la víctima del daño.

Por eso, dice De Cupis que *“... puede suceder también que el Derecho considere a cierto interés digno de prevalecer, pero preocupándose por otro lado de establecer consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado. Tiene lugar entonces, concretamente, esta situación: El daño que afecta el interés sacrificado por el derecho no es antijurídico, y la reacción que a él corresponde, no es una sanción, por la mera razón de que con ella el derecho pretende no garantizar tan sólo la prevalencia de un interés, sino, más aún, compensar al sujeto del interés que por él ha resultado sacrificado... Cuando un interés se lesiona, se realiza un perjuicio, un daño; y si este daño, procediendo de una causa extraña al sujeto que lo sufre, produce una reacción jurídica a favor de este mismo sujeto, es precisamente porque evidentemente, se trata de un daño en sentido jurídico, independientemente de su antijuridicidad.”*³⁰⁶ El autor matiza su concepto con ejemplos extraídos de la regulación prevista por el C.C. italiano, como por ejemplo el derecho que se le

³⁰⁶ DE CUPIS, Adriano. “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Traducción a la segunda edición italiana por Angel Martínez Sarrión. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1975. Pág. 94.

concede al propietario de un enjambre de abejas de perseguirlas en fundo ajeno, debiendo no indemnizar el quebrantamiento del derecho de propiedad, ya que no se le considera como un daño ilegítimo, sino que se establece la pertinencia de un resarcimiento en base a un principio de equidad.

No debemos olvidar que, modernamente, se han extendido los criterios de aplicación de la responsabilidad, para supuestos de hecho que antes no habían tenido una especial atención. Así, por ejemplo, tenemos que hoy en día se acepta la reparación del daño moral, o de los daños provenientes de las intromisiones a la intimidad, o de la pérdida de una oportunidad, o de la lesión al crédito, o del daño a la persona o al proyecto de vida, del perjuicio ocasionado por actos discriminatorios, o de la lesión al simple interés, en tanto no sea ilegítimo, entre otros. Lo que pretende evitar es el abandono de la víctima a su suerte, forzándola a quedar sin resarcimiento. Se tiende a la objetivación de la responsabilidad civil, con el paulatino aumento de las hipótesis comprendidas en la imputación objetiva.

En ese mismo sentido, Massimo Bianca, comentando una sentencia de casación italiana, señala que en los tribunales *“se ha volteado la consolidada orientación que negaba la resarcibilidad del daño producido por la lesión de los intereses legítimos, es decir del daño derivado de los actos administrativos ilegítimos de la Administración Pública. La precedente orientación se basaba sobre el asunto que la lesión de un interés legítimo no constituye un daño injusto porque el daño resarcible es sólo la lesión de un derecho subjetivo”*³⁰⁷ y añade que *“Para admitir la resarcibilidad del daño por la lesión de los intereses legítimos la sentencia tuvo que rediseñar el cuadro interpretativo de la*

³⁰⁷ BIANCA, Cesare Máximo. “Se regresa a hablar de daño injusto.” En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006. Pág. 253.

responsabilidad civil y revisar la noción de daño injusto, necesario punto de referencia de cualquier discurso sobre el ilícito en el derecho italiano.” Explica el autor en su artículo que el daño injusto no se presenta sólo en la lesión de derechos relativos, sino también ante la lesión de derechos absolutos, es decir que se reafirma la dualidad del sistema de responsabilidad (contractual y extracontractual), definiendo luego al daño injusto como “la lesión de intereses jurídicamente tutelados en la vida de relación”³⁰⁸

No debemos olvidar que el Derecho se encarga de calificar aquellos daños jurídicamente relevantes, los cuales serán merecedores de tutela. Pues bien, es evidente entonces que, para efectos de la responsabilidad civil, el daño injusto aparece como el elemento central de ésta, sin desmerecer la importancia que los demás elementos acotados, cuando éstos se presenten, adquieran por mérito propio.

Hemos visto que hay responsabilidad por *culpa in contrahendo*, tanto en los casos en que las tratativas precontractuales se frustran de manera arbitraria e injustificada, como también en los casos en lo que un contrato se invalida por una causal verificada en el momento de su celebración. Pero evidentemente, tenemos que diferenciar cuales son los daños que, en efecto, han de ser considerados relevantes jurídicamente para que puedan ser objeto de un resarcimiento.

³⁰⁸ Ibid. Pág. 255.

Siguiendo a De Cupis³⁰⁹, podemos señalar que para poder hablar de daño privado con relevancia jurídica, sometida a resarcimiento, se necesita que tal daño tenga por objeto un interés privado tutelado directamente y no indirectamente (reflejo). Una tutela jurídica no resarcitoria se encuentra en el ordenamiento jurídico aplicada a algunas categorías de intereses privados; el daño que sobre éstos incide, tiene por objeto un interés tutelado en forma de derecho subjetivo y, por tanto, está sometido a la sanción del resarcimiento. Esta sanción lleva consigo la posterior protección del mismo interés, con finalidad reparatoria o represiva, gracias a la traslación de la carga del daño del perjudicado al responsable.

Según el autor, el daño también puede afectar intereses privados para los que la ley confiere un medio de tutela dejado a la iniciativa individual, pero dirigido no tan sólo a su protección, sino que se puede solicitar la nulidad de actos ilegítimos realizados por la Administración Pública. En este caso, permanece abierto el problema de si el interés privado es también merecedor de la tutela resarcitoria, cuando el daño particular que queda después de la anulación, es resarcible a favor de quien lo ha sufrido (la tendencia es negativa, porque se dice que la nulidad del acto ilegítimo restablece de manera suficiente el equilibrio jurídico violado.)

El interés privado se distingue según el punto de referencia objetivo, en que puede producirse respecto a bienes patrimoniales o bienes no patrimoniales.

³⁰⁹ DE CUPIS, Adriano. “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Traducción a la segunda edición italiana por Angel Martínez Sarrión. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1975. Pág. 108 y ss..

De esta forma el daño privado se definirá como patrimonial o no patrimonial, según tenga por objeto el interés privado patrimonial o no patrimonial.

Definiendo el concepto de patrimonialidad tenemos que es aquel que se refiere a una necesidad económica, patrimonial; es cualquier bien exterior respecto al sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material (valorable en dinero), idóneo para satisfacer una necesidad económica. Pueden intercambiarse tanto ellos como sus frutos, con otros bienes o con frutos de otros bienes; su utilidad está sometida a la comparación con otros, valorada en relación con el dinero, que tiene por función la medida de las utilidades económicas.

El interés patrimonial, a su vez, consiste en la utilidad que a un determinado individuo puede suministrar un bien patrimonial, es decir, en el beneficio patrimonial considerado en relación a un sujeto. Y daño patrimonial es el daño que tiene por objeto tal interés.

Ahora bien, daño no patrimonial es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación con un bien no patrimonial. Frecuentemente llamados morales, se ha concedido especial relevancia a los afectos anímicos o sufrimientos morales y a los dolores físicos. Incluso se dice que el sujeto pasivo del daño no patrimonial puede ser también la persona jurídica por el menoscabo en su reputación.

Ambos daños pueden producirse conjuntamente, derivados de un hecho único. Entonces, luego de haber definido estos conceptos y de haber comprendido que el daño incluye tanto el menoscabo a intereses tanto patrimoniales como no patrimoniales, debemos señalar que en los casos de *culpa in contrahendo*, es perfectamente posible que se presenten ambos tipos de daños, ya que el perjudicado puede no sólo haber sufrido un perjuicio económico directo, sino que también, en relación a la confianza depositada en su contraparte, al anularse el contrato (en el caso de los contratos nulos), puede que también se generen daños en su esfera no patrimonial, como por ejemplo los daños a la imagen o a la reputación que pueden causarse, directamente, por razón de la anulación del contrato (piénsese en los compromisos con terceros que puede haber asumido el perjudicado, y que en virtud a la anulación del contrato con su co-contratante, tendrá a su vez que resolver).

Es decir, hay una serie de supuestos que se pueden presentar, como consecuencia directa de la ruptura de las tratativas o de la invalidación de un contrato. Entonces, pensemos que no sólo son resarcibles los daños físicos, materiales o patrimoniales, sino que también entran en esta categoría (de daños resarcibles) aquellos daños no patrimoniales que afecten o perjudiquen el interés del acreedor.

En materia netamente contractual, se dice que la inexecución de las obligaciones genera un daño al interés positivo, puesto que, “*este daño se*

*deriva del interés que tiene el acreedor en que la obligación se cumpla bien y fielmente*³¹⁰

Sin embargo, hemos visto que desde los primeros postulados de Jhering, la doctrina ha aceptado que para los casos de responsabilidad precontractual, el lesionado es el interés negativo. “Sin duda –dice Asúa González– uno de los aspectos más ligados a la culpa in contrahendo es el debate en torno al interés contractual negativo o interés de la confianza. La razón de ello es que ha sido y es un lugar común en parte de la doctrina y en la práctica totalidad de la jurisprudencia señalar el interés negativo como el criterio cuantificador de la indemnización en caso de daños que encuentran fundamento de su reclamación en la responsabilidad en la formación del contrato. A esto no es ajeno, de ningún modo, el que fuera el mismo Jhering quien acuñara las expresiones interés positivo y negativo y circunscribiera la culpa in contrahendo al segundo de ellos”³¹¹

Como ya lo hemos señalado, la doctrina que se ocupa del estudio de la culpa in contrahendo, siguiendo la formulación y la terminología empleada por Jhering, considera que, en los casos de responsabilidad precontractual, los daños susceptibles de resarcimiento están constituidos por las lesiones al **interés negativo** (*negatives Vertragsinteresse*) o interés de confianza (*Vertrauensinteresse*), que es, en definitiva, el interés (daño) por la no conclusión –frustración– del contrato o *Interesse am Nichtabschluss des*

³¹⁰ VON THUR, Andreas. Op. Cit. Tomo I. Pág. 60.

³¹¹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. “La culpa in contrahendo”. Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág. 67

*Vertrags*³¹². Por esto, el resarcimiento del interés negativo pretende colocar al perjudicado en la misma situación que tendría si no se hubieran iniciado las negociaciones (*interesse ante contractum*).

*“El interés negativo –dice Borda– consiste en aquellos daños que resultan de un contrato frustrado; en otras palabras, se trata de los daños que no hubiera sufrido el deudor de no haber celebrado el contrato y de no haber confiado en él; tal por ejemplo, los gastos del contrato o los hechos para recibir la cosa prometida, o los perjuicios sufridos por confiar en la validez del contrato y haber perdido por ello la posibilidad favorable de contratar que no se le vuelva a ofrecer.”*³¹³

Por su parte, Von Tuhr llama interés negativo *“al daño que se le produce a una persona por efecto de la celebración de un contrato; es decir, que sin ello no se le habría producido. Este daño puede consistir en que resulte nulo el contrato con cuya celebración contaba uno de los contratantes. Hay casos en que la ley obliga a resarcir tales daños, como ocurre principalmente cuando la nulidad proviene del error inexcusable o de ausencia de poderes. Estos casos de interés negativo pueden agruparse bajo el nombre de daños de confianza (nota al pie: El código civil alemán, § 122, expresándose en términos más correctos, habla del “daño que alguien experimenta por confiar en la validez de una declaración”). Pero hay otros casos en que no se trata de proteger la confianza que una de las partes ha puesto en la validez del contrato. Así, el Código de*

³¹² MEDINA ALCOZ, María. “Responsabilidad Precontractual.” Casa Editorial Forum. Lima 2006. Pág. 47.

³¹³ BORDA, Guillermo A. “Manual de Obligaciones.” Editorial Lexis Nexis – Abeledo Perrot. Buenos Aires 2003. Undécima edición actualizada. Pág. 97.

obligaciones suizo reconoce al acreedor que desista del contrato por incurrir el deudor en mora el derecho de reclamar la indemnización por su interés negativo (nota al pie: pues al caducar el contrato, el acreedor pierde también lo que hubiese obtenido por su cumplimiento. Se alude al interés negativo). Y lo mismo puede hacer el que se vea inducido por otro, mediante fraude o coacción, a celebrar un contrato nulo o lo concierte para otro abusando de sus poderes. El interés negativo puede abarcar una serie de daños entre los cuales se encuentran los siguientes:

- a) Costas de contrataciones.*
- b) Gastos hechos por uno de los contratantes para cumplir la prestación o hacerse cargo de ella.*
- c) Daños sufridos por un contratante por efectos de la prestación ya preparada o efectuada (nota al pie: el objeto enviado para cumplir el contrato experimente, verbigracia, un daño al ser transportado).*
- d) Daños que a uno de los contratantes se le irrogan por perder la ocasión de celebrar otro contrato, ya que confiaba en la validez de éste.*

Por lo general, el alcance del interés negativo es inferior al del positivo, si bien puede, en ocasiones, exceder de éste (nota al pie: según el Código civil alemán, el daño de confianza no tiene por qué ser indemnizado cuando exceda de la cuantía del interés positivo).³¹⁴

De acuerdo a la interpretación que hace Brebbia³¹⁵ sobre los postulados de Jhering, el maestro germano, incluía en el daño al interés negativo, todo el daño sufrido por el acreedor a raíz de haber confiado en la validez de un

³¹⁴ VON THUR, Andreas. Op. Cit. Tomo I. Pág. 60.

negocio que finalmente no se concretó, sin que mediara culpa de su parte. Dentro de ese interés negativo, queda comprendido el daño emergente y el lucro cesante.

Bustamante Alsina³¹⁶ define que el interés negativo es el de confianza consistente en el daño sufrido por haber confiado en la validez del negocio, y que no hubiera sufrido de otro modo, debiendo restablecerse el patrimonio a los mismos términos en que se hallaría de no haberse realizado las tratativas que condujeron al negocio nulo.

En nuestros días, y de acuerdo al moderno Derecho de daños, se tiende a considerar todo el daño, que tenga una relación de causalidad adecuada con el hecho que lo originó.

Sin embargo, no siempre la doctrina aceptó pacíficamente esto. La postura de Faggella, diferente al criterio amplio señalado en el párrafo anterior, radica en que el daño producido en el período de las tratativas anteriores a la oferta, el perjudicado sólo tiene derecho a demandar el reembolso de los gastos sufridos con motivo de las negociaciones, pero no la ganancia dejada de percibir (lucro cesante), porque no existe una relación de causalidad adecuada. La razón que alega para sostener esto, es porque la privación de la supuesta ganancia no tiene por causa la interrupción culposa de las tratativas, sino la propia conducta del precontratante, al sostener negociaciones con una persona que aún no se

³¹⁵ BREBBIA, Roberto. "Responsabilidad Precontractual." Ediciones La Roca. Buenos Aires 1987. Pág. 48.

³¹⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Teoría General de la Responsabilidad Civil." Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1986. Quinta Edición. Pág. 88.

había comprometido formalmente a realizar ninguna prestación. Es decir, negociar implica riesgos económicos, y el que encara una negociación sabe que ésta podrá concluir exitosamente o no.

En cambio, en el período a partir de la emisión de la oferta, la retractación generará la obligación de resarcir no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante, configurado por la privación de la ganancia que la víctima hubiere obtenido de no haber sido inducida a error por la formulación de la oferta. Existe una promesa formal de contrato, y no una mera invitación a negociar. En este caso, la ganancia frustrada, tiene un nexo de causalidad adecuado con la ruptura o con el retiro intempestivo. En síntesis, la responsabilidad precontractual (en el caso de la interrupción injustificada de las tratativas), en un sentido temporal, tiene dos etapas claramente diferenciadas: 1) las tratativas o *pourparlers* antes de la emisión de la oferta y 2) la negociación posterior a la policitud de la misma. El vínculo obligacional es sin duda alguna, de mayor intensidad en la segunda, por lo que se puede provocar consecuentemente, un incremento en los daños causados.

Sin embargo, consideramos inclinarnos por el criterio, predominante en la doctrina, de que el interés negativo se extiende para abarcar las ganancias que se pudieron obtener en un negocio dejado de lado, etc. Es decir, además del daño emergente, éste debe comprender un cierto lucro cesante. Incluso, a través de la responsabilidad precontractual, debe poder resarcirse tanto el daño moral, como el patrimonial, y en este último, tanto el daño emergente, como el lucro cesante. Pero no es al daño al interés positivo o de cumplimiento,

que es el que corresponde al incumplimiento de un contrato válido, sino corresponde al daño causado al interés negativo.

Una vez atribuida la responsabilidad precontractual, deberán resarcirse los daños ocasionados, pero sólo los que tengan un nexo causal adecuado con la conducta imputable al autor. El daño al interés negativo comprendería todos los gastos y pérdidas sufridos en el proceso tendiente a la formación de un contrato. Estos gastos comprenderán lo concretamente invertido para tratar de contratar válidamente. Y las pérdidas abarcarán toda chance o posibilidad descartada por el contratante frustrado, como son por ejemplo, las ganancias dejadas de obtener por no atender otras tentativas contractuales u ofertas, o inclusive, ganancias que no obtuvo en su propia actividad o giro comercial por haberse dedicado a las tratativas luego abortadas. La referida pérdida de chance será una especie de lucro cesante al interés negativo, mientras que los gastos efectuados configurarán un daño emergente. Todo ello, para ser daños resarcibles, deberá tener una conexión causal adecuada con el obrar dañoso atribuible al contratante infiel. *“El daño, dice Guido Alpa, comprende el evento lesivo y sus consecuencias. Desde el punto de vista del derecho civil, no es necesario distinguir el evento de las consecuencias: de por sí, el evento podría parecer irrelevante, aunque sus consecuencias sean patrimonialmente gravosas; viceversa, el evento podría parecer relevante, pero no tener consecuencias.”*³¹⁷

2.2.- El tipo de responsabilidad aplicable y la función reparadora

Los casos de responsabilidad precontractual, ya lo hemos dicho, si bien son admitidos en general por la doctrina comparada, se presentan distinciones y discrepancias al momento de catalogar el tipo de responsabilidad aplicable a los casos de *culpa in contrahendo*. Hay autores que se inclinan por catalogar a la responsabilidad precontractual como una derivación de las reglas de la responsabilidad extracontractual, partiendo del hecho de que en estos casos, simplemente no hay contrato o el que se celebró se anuló. Sin embargo, otras voces se preocupan en incluir a la responsabilidad precontractual dentro de los supuestos de la responsabilidad contractual, atendiendo al efecto de los contactos negociales que se dan en la etapa del *iter negocial*.

Hay otros que señalan que los casos de *culpa in contrahendo* en realidad son una extensión de la teoría del abuso de derecho, fijando así una tercera postura y etiquetando a este tipo de responsabilidad como un *tertium genus* dentro de la teoría general de la responsabilidad civil. Así pues, Brebbia³¹⁸ se esmera en explicar que la doctrina mayoritaria argentina admite la existencia de una tercera especie de responsabilidad civil a la cual se le asigna rasgos distintos de las otras dos categorías. Para ello, analiza los casos estipulados en el Código argentino acerca de las nulidades de los actos jurídicos, donde se contempla de manera específica los supuestos de frustración del perfeccionamiento del contrato culposamente, así como los casos de nulidad

³¹⁷ ALPA, Guido. “Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil”. Traducción del italiano por Leysser L. León. Jurista Editores Eirl. Lima 2006. Pág. 775. En este punto, el autor se basa en los postulados de Salvi.

³¹⁸ BREBBIA, Roberto H. Op. Cit. Pág. 85.

del contrato perfeccionado. *“En definitiva, dice este autor, entendemos que en nuestro derecho se impone la construcción de un instituto orgánico del período precontractual, cuyos principios generales puedan ser aplicados a los casos de actos ilícitos producidos en dicho lapso, no específicamente contemplados.”*³¹⁹

Sin embargo, más adelante añade que *“A nuestro juicio no existen dudas de que los casos que integran la responsabilidad precontractual, no encuentran cabida en la responsabilidad contractual, toda vez que ésta presupone la existencia de un contrato válido y perfeccionado, y ninguno de estos presupuestos se da en los casos de responsabilidad in contrahendo, los que por definición importan la inexistencia de un vínculo preexistente entre las partes. Si el contrato se perfeccionó, pero es nulo o anulable, no existe responsabilidad contractual, ya que por disposición expresa del Código Civil (art. 1065), la acción de daños y perjuicios por culpa en la frustración del contrato se rige por los principios de la responsabilidad aquiliana. Más clara aún resulta la situación cuando el contrato no alcanzó siquiera a perfeccionarse, como sucede en los caso de revocación de oferta, retiro sin causa justificada de las tratativas, etcétera.”*³²⁰ Y finaliza diciendo que *“En consecuencia, no queda otra alternativa que entender que son aplicables supletoriamente a los supuestos de responsabilidad precontractual, los principios de la responsabilidad civil en general, entendidas como sistema único, y de la responsabilidad extracontractual en especial. **Por supuesto, ello no quita que todo lo relativo a la obligación de resarcimiento en el período precontractual revista caracteres específicos, los cuales***

³¹⁹ Ibid. Pág. 86.

³²⁰ Ibid. Pág. 89.

determinan la autarquía de la responsabilidad in contrahendo como categoría doctrinaria³²¹ (el subrayado y resaltado es nuestro). El autor reconoce las características propias y diferenciadas de la responsabilidad precontractual y le da un carácter doctrinariamente autónomo, sin embargo, para efectos del resarcimiento, considera que se deben aplicar las reglas de la responsabilidad aquiliana. Podríamos entender, pues, que se trataría ciertamente de un concepto a medio camino entre los dos tipos de responsabilidad civil que nosotros ya hemos procurado distinguir en otra parte de este trabajo.

Guillermo Borda, también tiene una concepción particular acerca de la naturaleza de la *culpa in contrahendo*. Señala dicho autor, que respecto de la ruptura injustificada de las tratativas, se justifica el resarcimiento de los daños generados por el co-tratante infiel, pero dice que *“hay, en el fondo, una aplicación de la idea del abuso del derecho, pues se reconoce que la conducta del que rompió las tratativas ha sido abusiva”*³²² Es decir, que introduce la idea del abuso del derecho para justificar un resarcimiento a favor del perjudicado. Sin embargo, más adelante señala que *“no estamos, pues, en presencia de una variedad de la culpa contractual, sino de un aspecto de la culpa aquiliana. Se trata de una fuente de obligaciones y no de una falta en el cumplimiento de una obligación preexistente; la responsabilidad deriva de la ley y no de la voluntad del obligado; finalmente, debe probarse la culpa. Todas son notas características de la culpa cuasidelictual”* Advertimos que en este caso, al igual que lo señalado por Brebbia, si bien el autor inicialmente califica a los casos de

³²¹ Ibid. Pág. 90.

responsabilidad precontractual como casos de abuso de derecho, al final establece que las reglas aplicables para fijar el resarcimiento serán las de responsabilidad aquiliana o extracontractual.

Este mismo aspecto es analizado por Gonzalo Sozzo³²³, quien señala que la postura que adopta al abuso del derecho como justificativo de la responsabilidad precontractual, fue iniciada por Josserrand y que en Argentina sus máximos exponentes son Jorge Mosset Iturraspe y Alberto Spota. Citando a este último autor, señala que *“Lo que corresponde poner de resalto consiste en afirmar que la responsabilidad precontractual se funda en esa conducta antifuncional, en el abuso del derecho, en la desviación de los fines sociales y económicos, que el derecho objetivo aprehende para tutelar las prerrogativas jurídicas, en el caso, la libertad de contratar o no contratar”*³²⁴ Luego continúa citando a Spota *“... la responsabilidad precontractual debe concebirse con prescindencia de la idea de culpa, ya refiriéndose a la idea de culpa como elemento subjetivo del acto ilícito, ya a la culpa como base de la responsabilidad contractual, cuando nos hallamos ante una obligación de medios en oposición a la obligación de resultado.”* Así, Sozzo explica que para el autor citado así como también para Mosset Iturraspe, el abuso de derecho prescinde de la noción de culpa, bastando la contradicción con los fines de ley *“en otras palabras, se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, y en virtud de este es que la culpa no constituye el fundamento mediato de la*

³²² BORDA, Guillermo A. “Manual de Obligaciones”. Editorial Lexis Nexis – Abeledo Perrot. Buenos Aires 2003. Undécima edición actualizada. Pág. 82

³²³ SOZZO, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 46.

³²⁴ Ibid. Pág. 47.

*responsabilidad por apartamiento de las tratativas.*³²⁵

Jorge Joaquín Llambías, también tratadista argentino, refiriéndose a la naturaleza la culpa in contrahendo, señala que *“Hay en ese comportamiento un abuso de la libertad de no contratar que es una especie del género del abuso del derecho. Aunque los negociadores no estén unidos todavía por un contrato, y tengan el derecho de poner fin a las tratativas, deben actuar con lealtad y buena fe; nadie está obligado a contratar, pero sí a impedir que la propia conducta irregular cause el daño ajeno”*³²⁶ Y más adelante agrega que *“No se trata de responsabilidad contractual porque aún no hay contrato formado. La responsabilidad que analizamos es extracontractual o aquiliana, y la obligación de indemnizar existe porque se dan todos los elementos constitutivos del hecho ilícito: 1) hay un hecho reprobado por la ley, que no permite que se cause un daño a otro; 2) hay daño; 3) hay relación de causalidad material entre el hecho y el daño; y 4) hay una relación de causalidad moral o imputabilidad entre el agente y el hecho obrado.*

El responsable debe resarcir el interés negativo del acreedor. Debe reintegrar al acreedor los gastos efectuados (daño emergente), como asimismo compensarle la pérdida de la probabilidad (chance) de ganancia (lucro cesante), que habría podido concretar si hubiese encarado otro negocio; lo que dejó de lado con motivo del que estaba pendiente de conclusión y se frustró”

Como vemos, este autor también desarrolla la teoría de los actos abusivos, para finalmente considerar a esta responsabilidad, como una de naturaleza

³²⁵ Ibid. Pág. 48.

aquiliana.

Sin embargo, dicha tesis no es compartida por Sozzo ni tampoco por Roberto Brebbia, quien señala que *“En el fondo del problema del abuso del derecho, el investigador se encuentra con el hecho innegable de que siempre que se ejerce un derecho de manera contraria a los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo, se presume la existencia de culpa (...) La expresión ruptura intempestiva se ha abierto camino en el derecho argentino, en la doctrina de los autores y en la de la jurisprudencia, sin embargo no en el sentido que le acuerdan Fagella o Spota, sino como sinónimo de ruptura arbitraria o culposa”*³²⁷

Somos de la opinión que encerrar a la *culpa in contrahendo* dentro de los supuestos de la figura del abuso del derecho, es limitar de manera drástica sus alcances. Dice Fernández Sessarego que *“El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por la ley. Pero a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. Es decir, sustancialmente contrario a la moral social. De este modo, no obstante sustentarse originariamente en un acto ilícito, mediante una actuación socialmente inadmisibles, aquel derecho subjetivo deja de ser “un derecho” para convertirse, transpuesto cierto límite que debe ser apreciado por*

³²⁶ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. “Manual de Derecho Civil. Obligaciones”. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1993. Décima edición actualizada. Pág. 74.

el Juez, en un acto que ya no es lícito y con el que se incurre, más bien, en la transgresión de un deber genérico de respeto al interés de los demás. No puede perderse de vista que la solidaridad se traduce más intensamente a través de los deberes que de los derechos.

*Se trataría así del incumplimiento de un genérico deber impuesto por el ordenamiento positivo al titular del derecho, dentro de una específica situación jurídica subjetiva. O, de no existir un dispositivo expreso en dicho ordenamiento, estaríamos frente a un acto que es contrario a los principios generales del derecho, como aquel de la buena fe y de las buenas costumbres, principios que se inspiran, preponderantemente, en el valor de la solidaridad.*³²⁸ El autor explica que en atención a lo previsto por el Artículo II del Título Preliminar de nuestro Código Civil, ante un caso de abuso de derecho, el Juez no tiene necesidad de recurrir a las normas que regulan la responsabilidad civil, ya que el referido artículo³²⁹ señala las medidas específicas a adoptar frente al acto abusivo.

Dice además que tratándose del abuso de derecho, no es necesario indagar sobre el dolo o la culpa del agente (ésta no resulta aplicable a quien ejerce un derecho suyo), ya que este tema no debe ubicarse dentro de la regulación de los actos ilícitos sino que, a su entender, constituye un tema propio de la Teoría General del Derecho. Incluso precisa que no es necesario acreditar un

³²⁷ BREBBIA, Robert. Op. Cit. Pág. 68.

³²⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Abuso del Derecho." Editora Jurídica Grijley. Lima 1999. Segunda edición actualizada. Pág. 130.

³²⁹ "Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso."

daño para pedir la cesación del acto abusivo, tal como está entendido en el artículo pertinente del Código, ya que, citando a Torres Vásquez y a Diéz Palacios, indica que es posible la presencia de un obrar abusivo, sin que se haya producido un daño efectivo.³³⁰ La última reflexión nos parece sumamente oportuna para distinguir esta figura de la *culpa in contrahendo*, toda vez que en la segunda debe acreditarse la existencia del daño para poder acceder a los efectos resarcitorios de la responsabilidad precontractual.

Otra postura, respecto a la naturaleza de la responsabilidad precontractual, nos la dan Alterini, Ameal y López Cabana, quienes sostienen que *“El área de la denominada responsabilidad precontractual no tiene características ontológicas propias, y tal denominación se justifica sólo en cuanto describe temporalmente el fenómeno de estar antes del contrato válido.”*³³¹ Estos autores concluyen en que la responsabilidad precontractual no tiene autonomía conceptual y que dependiendo el caso en el que se presente este tipo de responsabilidad, estará *“...regida alternativamente:*

- 1) *Por las normas de los hechos ilícitos (V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Junín, 1992); o*
- 2) *Por las reglas de la declaración unilateral de voluntad. En este caso, por analogía de situación, se aplican sin embargo las normas propias de la responsabilidad contractual.”*³³²

³³⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Abuso del Derecho.” Pág. 287.

³³¹ ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José, LÓPEZ CABANA, Roberto M. “Derecho de Obligaciones Cíviles y Comerciales”. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2004. Pág. 761.

³³² Ibid. Pág. 762.

Sin embargo, al referirse a la voluntad unilateral como fuente de responsabilidad precontractual, están olvidando que las figuras que dicho concepto envuelve (ofertas, promesas) tienen una normativa propia y son, siempre de naturaleza contractual. Por ello, y como ya hemos analizado anteriormente, estas figuras escapan al concepto de lo que hemos definido como culpa in contrayendo, ya que no cumplen con los presupuestos sui generis que dicho tipo de responsabilidad tiene.

No obstante, es rescatable el hecho de que los autores argentinos citados, señalan que a los casos de responsabilidad precontractual, les son aplicables las reglas de la responsabilidad aquiliana, ya que para ellos, “...la violación directa del deber general de no dañar pone a su cargo el deber de resarcir los daños causados³³³” para estos casos.

Finalmente, Medina Alcoz³³⁴ señala que “también se ha preconizado la existencia de un tertium genus de responsabilidad. Esta doctrina encuentra su origen en la categoría formulada en Italia por Rodolfo Sacco... en España ha sido formulada por Alonso Pérez ... También, aunque con cierta dosis de cautela, y siguiendo los planteamientos iniciados por el profesor apenas citado, se sitúa en la línea de la responsabilidad autónoma, un estudioso de la ruptura de las conversaciones preliminares, Manzanares Secades. Para este autor, la libertad de romper las negociaciones no es absoluta, pues encuentra un límite en la legítima confianza de la otra parte en la conclusión del contrato. Durante su fase formativa, las partes están obligadas a comprometerse de buena fe, de

³³³ Ibid. Pág. 762.

modo que esta exigencia contractual del artículo 1,258 C.c., se debería extender, de lege farenada, también a la fase precontractual. Ahora bien, dice, a falta de normativa legal, la violación del deber general de buena fe debe reconducirse, de lege lata, al artículo 1,902 C.c.

*En los 'Elementos de Derecho Civil' del Profesor La Cruz, se observa una clara afinidad hacia los planteamientos que 'proponen encontrar la base del establecimiento de este tipo de responsabilidad en los Principios Generales del Derecho o que propician la elaboración conceptual de un tercer género de responsabilidad civil entre la contractual y la aquiliana', por que si bien resulta claro que en el supuesto estudiado no cabe hablar de responsabilidad contractual, también lo es que el presupuesto de la obligación de resarcimiento es mucho más concreto que el de la exigencia de la genérica observancia del principio *neminem laedere*, contenido en el artículo 1,902 C.c.*

Sin adoptar una postura clara, Espín Cánovas dice, por un lado, que la responsabilidad precontractual ha de descansar sobre reglas propias, pero por otro, no excluye encuadrarla en el artículo 1,902 C.c.

Y finalmente, Lobato de Blas, en su trabajo sobre el concepto de los tratos preliminares, considera que la responsabilidad precontractual es una responsabilidad diferente, distinta de la contractual y de la extracontractual, pues aquellos rebasan el esquema general del contrato, integrándose dentro de la teoría general de los hechos y actos jurídicos."

³³⁴ MEDINA ALCOZ, María. "Responsabilidad Precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares". Forum Casa Editorial. Lima 2006. Pág.67.

Con lo señalado en líneas anteriores, hemos querido evidenciar que, si bien no es mayoritario, un sector de la doctrina comparada ha optado por considerar aquellos casos de responsabilidad precontractual, como figuras de un género autónomo, como dice la autora citada, un *tertium genus*, según el enfoque o el punto de vista que se le dé.

Sin embargo, no somos partidarios de clasificar a la responsabilidad por *culpa in contrahendo* dentro de una categoría autónoma, por cuanto según hemos visto y según las distintas explicaciones que procuran dar los que así lo consideran, no son claras las razones que justificarían el considerarla como una figura independiente, alejada de los otros dos tipos de responsabilidad. Incluso, hemos visto que algunos de ellos, si bien empiezan su discurso señalando que, por ejemplo, la responsabilidad precontractual se identificaría con el abuso del derecho, convienen finalmente en que las reglas aplicables serían las de la responsabilidad aquiliana. Entonces, no estamos ante enunciados concretos o definitivos que nos hagan suponer que, en efecto, existe un *tertium genus* de responsabilidad civil. Por el contrario, creemos que existen elementos suficientes como para aplicar el modelo de la responsabilidad contractual a los casos de *culpa in contrahendo*.

En el mismo sentido, Asúa González señala que “*Esas reflexiones podrían dar pie, tal vez, para insinuar la culpa in contrahendo como un tertium genus de responsabilidad entre el campo contractual y extracontractual, pero en esta línea no han avanzado ni la doctrina ni la jurisprudencia alemanas, quizá*

estimándolo un campo estéril. Estéril porque su consideración como otro género de responsabilidad, no haría más que añadir un calificativo suplementario a la ya existente responsabilidad por culpa in contrahendo pero no solucionaría ninguna otra cuestión.

Cada vez más, sin embargo, aparecen voces en la doctrina a favor de una responsabilidad por confianza (Vertrauenshaftung) entre el campo contractual y el extracontractual, pero no han encontrado, como tal, apoyo jurisprudencial y está pendiente de delimitación.”³³⁵

En cuanto a los que son seguidores de la “posición extracontractualista”, tenemos que el soporte principal que esgrimen para fundamentar su postura, es que tanto ante las rupturas injustificadas de las tratativas, como en la nulidad de contratos celebrados, nunca existió una verdadera relación obligacional. Esta ausencia de vínculo formal, haría que se aplique a los casos de responsabilidad precontractual, las reglas de la responsabilidad aquiliana.

“En verdad –dice Sozzo– la categoría de obligación ex lege, como fuente de las obligaciones que es, constituye una categoría residual que sirve para explicar los casos de hechos y actos jurídicos, que no perteneciendo a una de las restantes fuentes, llamadas nominadas (el contrato, la voluntad unilateral, los hechos ilícitos, etc.), generan una relación jurídica obligacional, como sería el caso de algunos supuestos de responsabilidad precontractual y como también acontece con la garantía por evicción y vicios redhibitorios, la

³³⁵ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “La *Culpa in contrahendo*. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)”. Servicio Editorial Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág.195.

obligación alimentaria, la de abonar impuestos, etc. En mi opinión, esta ‘fuente’ no posee idéntica naturaleza que las otras fuentes; no se encuentra, evidentemente, en el mismo plano o nivel de conexidad o proximidad con relación a la obligación que de ella emanada que el que presentan aquellas, las que sin duda son más ‘inmediatas’

Según esta postura la obligatoriedad no deriva de la voluntad de quien emana la declaración, ‘...pues el derecho la impone aún contra esa misma voluntad’ (citando en esta parte a Brebbia), es el propio derecho positivo el que establece que en casos de declaraciones unilaterales de voluntad, el sujeto que las recibe tenga derecho a confiar en las mismas.”³³⁶

Otro de los argumentos que suele utilizarse para justificar la responsabilidad aquiliana en los casos de *culpa in contrahendo*, es que en estos casos, ante la ruptura injustificada de las tratativas, no se puede constreñir nunca a celebrar el contrato, y en el caso de los actos nulos, simplemente no puede forzarse coactivamente a celebrar nuevamente el contrato. Esta diferencia con las acciones a las que sí está facultado el perjudicado por el incumplimiento de un deber obligacional consensual, constituye otro de los fundamentos de la tesis extracontractualista. Por otro lado, según Mazeud, “*para los supuestos de responsabilidad por culpa in contrahendo no queda otro precepto más idóneo para perseguir la reparación de esta clase de daños que el artículo 1,382, el que puede parangonarse con el 1,902 de nuestro Código Civil. Al ser la piedra angular de la responsabilidad precontractual (con la realidad perjudicial y la*

³³⁶ SOZZO, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 42.

*relación causal) la culpa, será necesario que la concurrencia de la misma en la causación del daño in contrahendo se acredite, tesis que es comúnmente aceptada*³³⁷

Comentando sobre el estado de la cuestión en la doctrina española, dice Ricardo de Ángel Yagüés ³³⁸ *“La alternativa en la calificación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual se proyecta también en la doctrina española, si bien, como apuntan Asúa González y García Rubio, la corriente mayoritaria es la que la incluye en el marco de la responsabilidad extracontractual.*

Particularmente contundente es la opinión de Cossío, quien entiende que cuando culposa o dolosamente se infieren a otros perjuicios con ocasión de la frustración de un contrato proyectado, o de la nulidad de uno ya perfecto, surge la responsabilidad culposa que da derecho a exigir el resarcimiento. <Ninguna duda –añade el autor- nos ofrece tampoco que esta responsabilidad nunca podrá ser de carácter contractual, por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal clase se ha podido producir: nos encontramos ante un caso de culpa extracontractual o aquiliana, derivada del hecho ilícito...>”

Sobre estos fundamentos, Gabriel A. Stiglitz, explicando la posición de Isidoro H. Goldenberg, comenta que la responsabilidad precontractual descansa sobre el principio general del *alterum non laedere*, que obsta a la privación de tutela

³³⁷ ESTEVILL, Luis Pascual. “Derecho de Daños”. Bosch casa editorial. Barcelona 1995. T. II. Pág. 1074.

³³⁸ DE ÁNGEL YAGUES, Ricardo. “Tratado de Responsabilidad Civil”. Editorial Civitas SA Madrid 1993. Pág 13.

resarcitoria, al sujeto pasivo de cualquier hecho dañoso imputable. “...de modo que, además del incumplimiento contractual y la típica órbita extracontractual constituida por los delitos y los cuasidelitos, comportan violación del *alterum non laedere* los supuestos de frustración injusta de tratativas precontractuales, que también son hipótesis de ilícitos.

La ilicitud de la conducta consiste en la vulneración del deber de obrar de buena fe (art. 1189 Cód. Civil) durante las tratativas precontractuales, frustrando injustamente la celebración del contrato, en etapa previa a su perfeccionamiento.”³³⁹ Señala dicho autor que en las relaciones de consumo, estas conductas están referidas a comportamientos que infringen las obligaciones de corrección propias del período precontractual y específicamente el deber de información, siendo que en estos términos reúnen los caracteres propios del hecho ilícito.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que existen argumentos sólidos que abonan a favor de la tesis contractualista, con la cual nos identificamos, puesto que como vamos a ver, aquellos argumentos que tratan de justificar la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual para los casos de *culpa in contrahendo*, pueden ser también criticados.

La responsabilidad extracontractual se aplica en los casos en que se causa un daño. Un daño entre personas que previamente no han tenido ningún tipo de contacto, o si es que lo han tenido, el daño no se ha debido a una específica

³³⁹ STIGLITZ, Gabriel A. “La Responsabilidad Precontractual en las Relaciones de Consumo.” Artículo publicado en la obra colectiva “La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg.”

relación contractual. Sobre este punto, creemos que no hay mayor discusión: se aplica el principio del *alterum non laedere*, ya que existe el deber general de no causar daño a otros. Ya lo hemos dicho, la doctrina ha recogido la validez de la responsabilidad extracontractual, basándose en el universal principio del deber de no causar o infligir daño a otros. De ahí la definición que ya antes hemos citado, por la que la responsabilidad extracontractual “...responde a la idea de producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *neminem laedere*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás.”³⁴⁰ En palabras del profesor italiano Adriano De Cupis,³⁴¹ “...el daño extracontractual simplemente se deriva de la violación de la genérica obligación del *neminem laedere*. Así, se ha escrito que recae en el campo de la responsabilidad extracontractual cuando el contenido ilícito viola la norma general que prohíbe penetrar en la esfera jurídica de otro, o bien el deber genérico, frente a todos, del *neminem laedere*; **el daño extracontractual no presupone la existencia de ningún vínculo especial**, por lo que sólo producido el daño surge una relación jurídica entre responsable y perjudicado.” (el subrayado y resaltado es nuestro).

Pues bien, tomando como punto de partida estas definiciones, en las cuales se cimienta el desarrollo de la responsabilidad extracontractual, podemos decir que existe una gran diferencia entre los supuestos que ella contempla, y los casos de *culpa in contrahendo*. En efecto, según se aprecia claramente, los

Directores Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1995. Pág. 475.

³⁴⁰DIÉZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio “Sistema de Derecho Civil”. Editorial Tecnos. Séptima Edición. Madrid 1995. Vol. II Pág. 591.

³⁴¹ DE CUPIS, Adriano. “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Traducción a la segunda edición italiana por Ángel Martínez Sarrión. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1975. Pág. 136.

casos en los que se aplican las reglas de la responsabilidad extracontractual, no existe ningún vínculo entre los sujetos previo al daño, no hay negociaciones previas, no hay un contrato que haya sido anulado, no existe ninguna relación comercial y menos obligacional entre los sujetos. Simplemente, ante la producción de un daño, el perjudicado está en la posibilidad de exigir un resarcimiento (como lo afirma Fernando de Trazegnies al justificar el traslado de un daño de índole extracontractual del dañado al dañante al señalar que “*no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe una buena razón para que esta otra lo soporte.*”³⁴²), pero este poder que tiene la víctima, no nace de tratativas previas, sino que nace del solo derecho, es decir, de la norma legal que ampara el derecho de solicitar el resarcimiento.

Por el contrario, cuando estamos hablando de la *culpa in contrahendo*, hemos visto que ésta siempre se presenta cuando ha habido tratos, negocios, acuerdos previos. Ya hemos desarrollado el tema del contacto comercial y de sus alcances y efectos en otra parte de este trabajo. Esto nos da la pauta para establecer una marcada diferencia con los casos de responsabilidad extracontractual. Como hemos visto, en todos los casos en los que hay daños producidos por una ruptura injustificada de las tratativas, ha existido entre los agentes una negociación previa, antes incluso de formulada la oferta formal. Estas negociaciones han generado en la parte perjudicada una confianza objetiva, real, en la concreción del negocio y en su traducción en un contrato definitivo. Entonces, es claro que las partes no son desconocidas, sino que son

³⁴² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual” Tomo I. En la colección Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Séptima Edición. Fondo Editorial de la

co-tratantes determinados, específicos, completamente identificados y reconocibles el uno por el otro. Este, que es un rasgo distintivo de los casos de ruptura injustificada de las tratativas, viene a ser a la vez un poderoso justificativo para desestimar la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual, ya que estamos ante supuestos distintos.

Así también, cuando hablamos de los contratos nulos, que como hemos explicado anteriormente dan lugar a responsabilidad precontractual, encontramos que, al igual que lo descrito en el párrafo anterior, hay una identificación plena de los actores, ya que ellos llegaron a celebrar el convenio (traspasaron todas las etapas del iter negocial, hasta su perfeccionamiento y es posible que se encuentre en plena ejecución), pero por un defecto en la celebración del mismo, se ha tenido que dejar sin efecto. También en este caso es completamente evidente que las partes se conocen, que han llevado adelante tratativas, que se ha presentado la oferta y la aceptación, que se ha configurado el consentimiento y que se ha celebrado, finalmente, el acuerdo; es decir que tiene lugar un contrato (que aunque inválido, cumplió todo el recorrido descrito). Entonces, no estamos ante desconocidos, estamos en presencia de partes identificadas, que tuvieron intención de relacionarse, que procuraron llevar adelante un negocio jurídico, pero que, en definitiva, dicha expectativa fue frustrada. No podemos, pues, aplicar en este caso, reglas de responsabilidad extracontractual, porque es claro que estos casos involucran más que el simple principio de no dañar a otros, pues hay una expectativa mayor.

PUCP. Lima 2003. Pág. 48.

En efecto, el principio del *alterum non laedere* o *neminem laedere*, más que el deber de no causar daño, hemos visto que se configura en el deber de indemnizar por haber causado un daño injusto. Ya hemos dicho que se debe entender al principio del *alterum non laedere* como principio orientado a suministrar protección a todo interés merecedor de tutela. Así, este principio debe estar orientado no a prohibiciones de conductas, sino a la obligatoriedad de asumir las consecuencias resarcitorias por la producción de daños no justificados. Se le otorga así a este principio ya no un aspecto preventivo, sino más bien se le reconoce como un instrumento de protección de todo interés digno de tutela. Sin embargo, en los casos de responsabilidad precontractual, se presenta el deber de observar una conducta mucho más compleja que la simple precaución; se exige, como deber de las partes, comportarse según los cánones de la buena fe y lealtad para con la parte contraria. Esto, que puede ser pasado por alto por quienes no están de acuerdo con la aplicación de las reglas de responsabilidad contractual a los casos de *culpa in contrahendo*, debe ser adecuadamente valorado, porque la inobservancia de tales deberes va a dar lugar, justamente, al derecho de ser indemnizado. No podemos, pues, desconocer la capital importancia que tienen estos deberes, dado que, como hemos visto, su quebrantamiento implicará el poder reclamar una indemnización.

El contacto negocial previo, esa especial relación que se genera en la etapa de las tratativas, tiene el concreto efecto de ligar a los tratantes de tal manera que les obliga a comportarse según reglas específicas (dependiendo del tipo de

negociación) y asumiendo conductas particulares. Entonces, como hemos dicho, el general principio del *alterum non laedere*, no es suficiente para explicar la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual, ya que entre las partes se ha generado, como ya hemos definido, más deberes que los que podría exigirse entre extraños: son partes co-tratantes, relación en la cual se deben observar normas de conducta y comportamientos específicos.

Sobre este aspecto, Estevill señala que *“Con todo, Alonso Pérez ha observado un cierto desvío de la tradicional idea delictual de la responsabilidad precontractual a favor de la tesis contractualista en Italia. Estudiando la citada corriente se constata, dice Alonso, que el punto central para decidir si la responsabilidad por culpa in contrahendo es de carácter aquiliano o contractual está en considerar si el período de formación del contrato es un simple contacto entre los futuros contratantes, sin más relevancia jurídica, o si hay algo más y se puede considerar dicho período como fuente de una relación capaz de crear una relación contractual, idea que sostienen Loi y Tessitore”*³⁴³. Si bien el autor se apresura en señalar su disconformidad con la tesis propuesta, no escatima en reconocer que en la doctrina italiana, autores de la talla de Benatti y Mengoni han sostenido la naturaleza contractual de la responsabilidad, indicando que lo han hecho *“...en apoyo de argumentaciones bien construidas pero no con acierto científico, pues hacen de su tesis piedra de esquina la necesaria concurrencia en los tratos preliminares de la buena fe, instituto que aunque presente no puede constituirse, en ausencia de una*

³⁴³ ESTEVILL, Luis Pascual. Op cit. Pág. 1076.

previsión normativa, en fuente de un comportamiento obligatorio con los efectos que le son propios.”

Podemos apreciar que, además de los autores alemanes, que son los que tienen más arraigado el concepto contractual de la *culpa in contrahendo*, existe también una corriente doctrinaria italiana que se va sumando a esta teoría. Estudiando a Benatti, Visintini, Messineo, Stolfi, Sconamiglio y De Cupis, Asúa González señala que *“La contractualidad ha de entenderse en un sentido amplio: aplicación de la normativa prevista para la ejecución de las obligaciones. Ello se pretende justificar a través de la consideración de que los arts. 1218 ss. no sólo son aplicables a las relaciones obligatorias nacidas de contrato sino a otras relaciones establecidas entre dos partes y en cuyo desenvolvimiento deben observarse una serie de obligaciones. Esto no ha llevado a los autores partidarios de la contractualidad –entendida ésta en el sentido señalado– a considerar la relación entre las partes que se negocian como una relación negocial o cuasinegocial sino, más bien, dejando de lado este aspecto, se centran en que por el mero hecho de haber iniciado las negociaciones, la ley (arts. 1337, 1338 y 1339) les impone una serie de obligaciones (aquellas en las que se concreten las exigencias de la buena fe)”*³⁴⁴ Esas son las obligaciones que hemos identificado anteriormente y que dan lugar, no sólo a que la parte esté obligada a cumplirlas, sino también al derecho de la otra parte a exigir las.

³⁴⁴ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *“La Culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)”*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág.231.

Por su parte, dice Von Thur que *“...ya por el mero hecho de entrar en negociaciones prodúcese entre los futuros contratantes una relación jurídica, de la cual se derivan ciertos deberes, deberes que no versan precisamente sobre el cumplimiento del contrato, que todavía no existe, sino sobre su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones. Así tan pronto como éstas se inician, las partes vienen obligadas mutuamente a comunicarse hasta cierto punto, aquellos hechos que pueden tener una influencia decisiva en las resoluciones de la parte contraria. A la infracción de estos deberes suele darse el nombre de culpa in contrahendo. La Ley hace aplicación de este principio a una serie de supuestos. El vendedor, por ejemplo, responde por el hecho de ocultar, maliciosamente o por negligencia, los defectos ocultos de que adolece la cosa vendida; trátase, como se ve, de una conducta culpable anterior al contrato o producida durante la celebración de éste. Sin embargo, a la vez se le aplica las normas propias de las infracciones contractuales, cosa importante por lo que se refiere a la prescripción y a la responsabilidad de tercero. La culpa in contrahendo engendra un deber de indemnización aún en aquellos casos en que las negociaciones contractuales no llegan a término. Esta responsabilidad proviene de una relación jurídica engendrada por las negociaciones contractuales; por eso, a mi juicio, es más exacto aplicarle, por analogía, las normas referentes al incumplimiento de los contratos, que no las que se refieren a los delitos civiles.”*³⁴⁵

³⁴⁵ VON THUR, Andreas. Op. Cit. T. I. Pág. 142

Se dice³⁴⁶ que “la experiencia alemana es la única en el ámbito del civil law que concluye que la responsabilidad precontractual es de naturaleza contractual.

Se tiene en cuenta para ello el hecho de que la buena fe se erige como uno de los criterios estructurales o fundantes del ordenamiento alemán, no obstante la breve enunciación de tal concepto en § 242, la jurisprudencia y la doctrina alemana no han tenido mayores inconvenientes para ir extendiéndolo cada vez más con el fin de resolver, con su uso, una mayor variedad de casos.

En ese orden de ideas, se generó la teoría de los deberes de protección según la cual, de un contacto negocial (*geschäftlichen kontakt*) surgen deberes para las tratantes dado que su proximidad los expone a un riesgo de que su contraparte les provoque un daño. En efecto, este contacto se funda en la confianza depositada en su contraparte, lo cual le otorga un título jurídico por medio del cual ingresa a la esfera jurídica ajena. Por ello, la vulneración de la relación de confianza (*Vertrauensverhältnis*) puede, y en los hechos lo hace, generar efectos similares a la infracción de un deber contractual.”

La mayor reforma del Código civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB), en sus más de cien años de vigencia, tuvo lugar, el mes de enero de 2002, mediante la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts). El proyecto de modernización se planteó en Alemania tras constatarse que la realidad jurídica se estaba alejando cada vez más del Derecho codificado. Desde el año 1900 (fecha de entrada en vigor del BGB), la jurisprudencia y las leyes especiales habían ido perfeccionando

³⁴⁶ SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. “La responsabilidad precontractual en debate”. En *Ius et Veritas - Revista de Derecho*. N° 31. Lima 2005. Pág. 159.

determinadas materias e instituciones como, por ejemplo, *la culpa in contrahendo* o la violación positiva del contrato (positive Forderungsverletzung). A partir de esta última noción se acaba de señalar que, como es de creación jurisprudencial, la jurisprudencia ha establecido un nuevo sistema del incumplimiento ("Leistungsstorungsrecht"). Tal y como ahora lo configura el BGB, éste no sólo incluye el simple incumplimiento de la prestación pactada, sino también la infracción de los llamados "deberes de protección". Un ejemplo ayudará a explicarlo: si el vendedor entrega un electrodoméstico impecable, pero en su instalación golpea el mobiliario del dueño de la casa, según los principios de la violación positiva del contrato, en este comportamiento cabe apreciar "Leistungsstörung" o incumplimiento, que no sólo es sancionable según las normas de la responsabilidad extracontractual, sino que también genera responsabilidad contractual lo cual, desde luego, es mucho más favorable para el acreedor.³⁴⁷

Comentando las reformas al BGB, Leysser L. León señala, con relación a las modificaciones introducidas referidas a la *culpa in contrahendo*, que "Ahora, entonces, de acuerdo con los reformados § 311, Relaciones Obligatorias de Carácter negocial y cuasinegocial, 2º párrafo, núm.1 (‘una relación obligatoria con deberes (...) nace, asimismo, del inicio de las tratativas’) y §241, Deberes que nacen de la relación obligatoria, 2º párrafo (‘Por el contenido de la relación obligatoria cada una de las partes puede estar comprometida al respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra’), se reconoce que el inicio de las tratativas (*Aufnahme von Vertragsverhandlungen*) puede dar lugar al

³⁴⁷ Texto extraído de la dirección electrónica del portal "vlex". <http://vlex.com/vid/380244>.

nacimiento de una relación obligatoria, y esta última conlleva el deber de cada una de las partes de respetar, recíprocamente, sus derechos, bienes jurídicos e intereses.

Según el nuevo régimen: ‘si, existiendo una relación precontractual, se vulnera, causando un daño, la obligación establecida en el § 241.2, podrá exigirse una indemnización con base en el § 280.1; precepto en el que ahora se establece una fórmula general de responsabilidad obligacional. Esta indemnización se fijará partiendo del criterio, establecido en el. § 249, de que deberá reponerse la situación que existiría si la circunstancia que da lugar a la reparación no se hubiere producido. Por lo que hace, pues, a la obligación indemnizatoria no hay preceptos específicos relativos a la responsabilidad in contrahendo, y las concreciones y particularidades han de quedar para el plano de la aplicación jurisprudencial.’³⁴⁸

Dice el autor que con las disposiciones reformadas, se continuarán reconociendo, ahora con mayor amparo normativo, los casos de *culpa in contrahendo* que la jurisprudencia ya reconocía. Más adelante apunta que “Así las cosas, se ha podido sostener que ‘tras la codificación de la culpa in contrahendo, y a salvo el extremo de su propia legitimación, sigue ofreciendo sus perfiles tradicionales. Nada relevante ha cambiado en el contenido o funcionamiento de la institución: el reconocimiento de una relación obligatoria precontractual, el consiguiente carácter contractual de la responsabilidad, las circunstancias determinantes del inicio de la relación, la inclusión de terceros,

³⁴⁸ LEÓN HILARIO, Leysser L. “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil Peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual.” En Themis – Revista de Derecho. Segunda Época N° 49. Lima 2005. Pág. 139.

*etc., son extremos que ahora encuentran acogida legal, pero que ya estaban aceptados. Los comentarios, preocupaciones o críticas —éstas últimas relacionadas con la falta de cohesión y el carácter invasivo de un fundamento de responsabilidad cuya delimitación es compleja— que han llenado muchas páginas de las obras jurídicas alemanas pueden reiterarse prácticamente en los mismos términos. De ahí que quepa decirse que un cambio, sin duda importante, supone, sin embargo, el mantenimiento del statu quo.”³⁴⁹ Así pues, las construcciones doctrinales y jurisprudenciales alemanas, han dado lugar a una reforma legislativa en la que se positiviza aquello que era, ya desde la época en que Jhering inició la corriente, una verdad jurídica de amplia aceptación. Entonces, no cabe duda de que es completamente aceptable la tesis de la contractualización normativa de la *culpa in contrahendo*.*

A esto se refiere Betti cuando señala que *“El texto literal del Código funciona como un entramado o andamiaje, un esqueleto, en suma, que no se articula ni se reanima, si no es en contacto con la vida de la sociedad nacional; y cuanto más amplia sea la apreciación que le es permitida al juez, en relación con los puntos dominantes en la conciencia nacional, tanto más la divergencia de las concepciones éticas, religiosas, económico-sociales, conducirá a elaborar un derecho vivo diverso.”*³⁵⁰ Esto nos demuestra que el Derecho no puede

³⁴⁹ Ibid. Pág. 140. Citando a Asúa González y Hualde Sánchez. Si bien el autor describe los acontecimientos legislativos alemanes y explica cuales serán las consecuencias a nivel doctrinario, es partidario de asimilar, en nuestro sistema jurídico, los casos de culpa in contrahendo a las reglas de la responsabilidad extracontractual, ya que dice que *“...una relación de hecho no puede generar por si sola, ante el silencio de la ley, una relación jurídica de la cual surjan deberes para los tratantes ... el verdadero sustento legal de la responsabilidad precontractual en nuestro medio es, como en Francia, la cláusula normativa general en materia de responsabilidad nacida del acto ilícito, es decir, el artículo 1,969”* Ibid. Pág 150 – 151.

³⁵⁰ BETTI, Emilio. “Interpretación de la Ley y de los actos Jurídicos”. Traducción del italiano por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1975. Pág. 116. Es también interesante el desarrollo que hace el autor respecto a la reconstrucción histórica de la norma frente a la evolución de

permanecer indiferente ante las situaciones que se presentan en la vida cotidiana y es la doctrina y la jurisprudencia la encargada de actualizar las normas, de darles vida, de adecuarlas según los cambios.

No debemos olvidar otro punto importante que distingue a la *culpa in contrahendo* de los casos de responsabilidad extracontractual. Como es evidente, en los casos de responsabilidad aquiliana, lo que primero se produce es el daño y luego, a raíz de su determinación como injusto y de calificarlo dentro de las reglas generales de la responsabilidad civil, se genera el deber de indemnizar. Sin embargo, cuando hablamos de casos de *culpa in contrahendo*, primero se produce la relación entre las partes (*pourparlers*, contrato nulo) y luego, ante la inobservancia de un deber, se genera el daño. Es decir que en ambos casos, el orden de los factores es distinto.

En los casos en que se aplica la responsabilidad aquiliana, primero se produce el daño y a raíz de éste, se genera la relación entre el perjudicado y el perjudicante. Pero en los casos de responsabilidad precontractual, se da exactamente el fenómeno opuesto: primero se relacionan los sujetos, hay este contacto comercial y luego se produce el daño, el cual debe ser resarcido, conforme la extensión a la cual ya nos hemos referido. Entonces, no es exacto

las relaciones sociales, cuando dice que “*Que en la interpretación jurídica no puede prescindirse de tomar en consideración la nomogénesis, es decir, del modo como en su origen fue pensada la norma y cómo los tipos de intereses en juego fueron valorados y coordinados, es incontestable, a pensar de los paradójico de ciertas formulaciones que parecen afirmar lo contrario. La reconstrucción de la valoración originaria, inmanente y latente en la letra de la ley, constituyendo la ratio iuris de la norma, es indispensable para determinar en qué medida haya sufrido modificaciones al sobrevenir cambios en el ambiente social o nuevas orientaciones en el ordenamiento jurídico: ya que sólo a través de ella, y no inmediatamente, es legítimo proceder a una adaptación o a una transposición del texto legal en la práctica, valorando justamente, por una parte, el interés estático, por su estabilidad, conservación y certeza, y, por otra, la exigencia dinámica de renovación en el sentido de la evolución social.*” Op. Cit.. Pág. 114.

aquello de que, la responsabilidad extracontractual debe subsumir los casos de *culpa in contrahendo*, ya que estamos apreciando que existen diferencias notorias entre esos casos, diferencias que, más bien, la acercan a las reglas de responsabilidad contractual, por ser más afines y por ser casos similares.

Finalmente, otro aspecto que diferencia ampliamente los casos de *culpa in contrahendo* con los de la responsabilidad extracontractual, es que en aquélla, la responsabilidad siempre será relativa, es decir, siempre se podrá identificar a los sujetos que pueden incurrir en ella: los co-tratantes. En efecto, es claro que, como ya nos hemos esmerado en evidenciar, siempre que hablemos de casos de *culpa in contrahendo*, las partes han tenido contactos previos y, por lo tanto existe una relación jurídica especial entre ellos. Así, ante el incumplimiento de los deberes de conducta precontractuales o ante la invalidez de un contrato ya celebrado, se sabrá con exactitud a quien alcanzarán los efectos de dichos eventos: a los co-tratantes. Nadie más que ellos son los llamados a acceder a la tutela resarcitoria y a nadie más que a ellos les alcanzará esa responsabilidad. Es decir, que desde antes de que se produzca el daño, desde antes de que una parte se vea afectada, ya se tiene plenamente identificados a los agentes sobre los cuales van a recaer los efectos de ese daño. Sin embargo, cuando se trata de casos de responsabilidad extracontractual, tenemos que en la misma NO ESTÁN IDENTIFICADOS LOS SUJETOS QUE RECURRIRÁN A ELLA.

Ya hemos señalado que fue el Código francés de 1804 el que se encargó primero de positivizar el principio del *neminem laedere*, heredado del Derecho

romano; así, el artículo 1382 establece que *“Cualquier hecho del hombre, que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por cuya culpa ha ocurrido”*. Comentando dicho precepto, traíamos a colación lo señalado por Planiol y Ripert *“Según la doctrina moderna, el cuasidelito es un hecho ilícito que, sin intención, causa un daño a tercera persona. Así entendido, el cuasidelito comprende todos los actos perjudiciales no intencionales por mínima que sea la culpa cometida, si comprometen la responsabilidad de sus autores; en efecto, la imprudencia más leve constituye un cuasidelito, resultando esto de las disposiciones de la ley (arts. 1382 y 1383).”*³⁵¹

La amplitud de contenido y de supuestos que pueden dar lugar a la responsabilidad extracontractual, al no hacerse ninguna distinción específica acerca de los eventos dañosos, es muy grande y relativa: la norma dice *“cualquier hecho del hombre”*. A partir de dicho enunciado, se van catalogando los distintos supuestos en los que cabe también la responsabilidad (por hechos ajenos, por hechos de los animales, por edificaciones ruinosas, etc.), pero es claro que todos los demás supuestos normativos asumen los mismos principios contenidos en el artículo 1382. Es una situación que podríamos catalogar como *“erga omnes”*, ya que el principio del *neminem laedere* es general, y no se preocupa en identificar *ex ante*, a los sujetos de la responsabilidad.

En la responsabilidad extracontractual, lo que se evalúa es el accionar con culpa, factor atributivo de responsabilidad subjetiva que es el fundamento de la misma.

³⁵¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Geoges. “Derecho Civil”. Traducción de LEÓNel Pereznieta Castro. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México 1996. Pág. 772.

Sin embargo, como dice Medina Alcoz, “...en la ruptura de las negociaciones no resulta plausible hablar de una conducta culpable (infracción del deber de diligencia exigible: *diligentia in contrahendo*), porque el precontrayente nunca, en ningún caso, está obligado a contratar; el Derecho –el principio de libertad contractual– le permite que rompa las negociaciones aun en contra de las exigencias de la buena fe. Por eso, no cabe calificar su conducta de culpable estrictamente”³⁵² En efecto, ya hemos señalado que al referirnos a la *culpa in contrahendo*, el término culpa se hace más extenso que lo que su literal definición nos tiene acostumbrados.

Todas estas diferencias entre los casos de responsabilidad precontractual y los requisitos para que se configure la responsabilidad extracontractual, nos acercan más a la posición contractualista, toda vez que es evidente que entre las partes involucradas hay, en efecto, ya un vínculo (llámese jurídico, llámese obligacional, llámese *sui generis*) que definitivamente los liga, los une, los ata de tal forma que estas partes están llamadas a adoptar conductas, comportamientos, posiciones que son exigibles por el otro co-tratante. En definitiva, consideramos que existen más razones que nos convencen de que estamos ante casos de responsabilidad contractual, que las que se opongan a dicha tesis.

³⁵² MEDINA ALCOZ, María. Op cit. Pág. 87.

2.2.1.- Inejecución de Obligaciones, revisión de las disposiciones del art. 1314

El artículo 1314 del Código Civil establece lo siguiente: *“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”*

Dicho artículo tiene su antecedente en el artículo 1176 del Código Civil italiano de 1942, que señala lo siguiente

“Artículo 1176. Diligencia en el cumplimiento.- En el cumplimiento de la obligación el deudor debe emplear la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse de acuerdo con la naturaleza de la actividad ejercida.”

El Code francés de 1804 señala en sus artículos 1147 y 1148 lo siguiente:

“Artículo 1147.- El deudor es condenado, si ha lugar, al pago de los daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, o ya sea en razón del retraso en el cumplimiento, en todos los casos en que no justifique que el incumplimiento proviene de una causa extraña, que no pueda serle imputada, aunque no haya habido mala fe de su parte.”

“Artículo 1148.- No ha lugar a daños y perjuicios cuando, como consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, al deudor se le haya impedido dar o hacer aquello a que estaba obligado, o si ha hecho lo que le estaba prohibido.”

Por su parte, el Código Civil argentino establece las siguientes disposiciones, con relación a la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones:

“Artículo 512.- La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

“Artículo 513.- El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuanto éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor.”

En el Código Civil español encontramos las siguientes previsiones referidas a la diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de las obligaciones:

“Artículo 1103.- La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.”

“Artículo 1104.- La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”

Según se puede rescatar de todos los artículos de los diferentes códigos que hemos citado (aquellos que nos parecen más representativos), el factor común es que la diligencia con que debe obrar el deudor será considerada para efectos de exonerar de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo. La diligencia, en el sentido más alto, es el esmero y el cuidado en ejecutar algo. En el Derecho, es definida como cuidado, celo, solicitud, esmero, actividad puntual, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de alguna función, en la relación con otra persona; es el cuidado que una persona responsable pone en los negocios propios y en los de los seres por él queridos³⁵³.

Comentando nuestro articulado, Felipe Osterling señala que *“la norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.”*³⁵⁴

Más adelante añade el mismo autor que, *“en la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la*

³⁵³ CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual.” Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. Cuarta Edición. T.I. Pág. 712. Dicha definición puede encontrarse junto con otras acepciones del término “diligencia”, referidas a otras actuaciones judiciales.

³⁵⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las Obligaciones”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2001. “Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. VI.” Tercera Edición. Pág. 199.

*inejecución de la obligación*³⁵⁵

Así como el concepto de responsabilidad civil ha evolucionado y hoy en día cobra especial relevancia el daño injusto, como aspecto central de la misma, el concepto clásico de diligencia también ha ido adaptándose a los nuevos tiempos. Por eso, compartimos el criterio de Fernández Cruz³⁵⁶ quien, analizando la doctrina comparada (Rodotá, Di Majo, Díez Picazo, Cabanillas Sánchez, Majello) señala que resulta indispensable ampliar el concepto clásico de diligencia que de medida del comportamiento del deudor en la ejecución de la prestación debida, ha pasado a ser entendida como una regla de control de los impedimentos sobrevenidos y, por ello, no más entendida como límite de la responsabilidad debitoria, comprendiendo una serie de deberes integrativos cuyo origen no es más únicamente la voluntad del sujeto, sino, por ejemplo, el principio de la buena fe.

Dice el mismo autor que *“hoy no cabe entender a la relación contractual como una relación compleja, sino a la propia relación obligatoria que correlaciona una situación de deber (deuda) con un derecho subjetivo (crédito), involucrando una complejidad en las propias nociones de deuda y crédito, no debe dudarse que el concepto diligencia no puede estar limitado a la medida del deber de prestación, sino, por el contrario, está referido más bien al deber de protección involucrado en la situación jurídica subjetiva compleja de deber, entendiéndose por alguno como el deber genérico de protección, puesto a*

³⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 199.

³⁵⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Imputabilidad en la Inejecución de las Obligaciones.” En la obra colectiva. “Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Obligaciones”. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo 2004. Tomo VI. Pág. 861.

tutela de la esfera patrimonial del acreedor para el caso en que el deudor, en el cumplimiento de la obligación, haya ocasionado con su propio comportamiento ocasiones de daños a los bienes o a la persona del acreedor, independientemente del hecho que la prestación a ejecutarse haya o no sufrido perjuicio.”

Es importante destacar que esta interpretación de los deberes de las partes, coincide con lo que hemos señalado cuando hemos calificado que los contratantes tienen, a la vez, deberes específicos que deben ser observados y pueden ser exigidos. Dentro de estos deberes, está naturalmente, el deber de protección y el de actuar según las reglas de la buena fe.

Siguiendo a Fernández Cruz, vemos que este autor hace un análisis de esos deberes que hoy en día se exigen a las partes que se relacionan obligacionalmente, a las cuales les asiste el deber de protección, el cual, dice, puede ser de dos clases:

“a) Los que coadyuvan a la realización del deber central (a la realización del deber primario de prestación), contribuyendo en mayor o menor medida a precisar la forma particular de ejecución de la prestación debida en función del tipo de utilidad comprometida en el deber de prestación.

(...)

b) Los que tienen la específica función de tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación.

*Es decir, que también el artículo 1314 del Código Civil (concordado con el artículo 1362 del mismo) recoge **la protección contractual del respeto***

a la esfera jurídica del acreedor (deberes de seguridad), recogiendo la exigencia de tutela de la persona y de las cosas de cada uno de los sujetos de la relación obligatoria que no tienen por que sufrir daños a causa o con ocasión del desarrollo de la relación.

*Empero, a diferencia de los deberes de protección que coadyuvan a la realización del deber central, aquí el deber accesorio de diligencia, encarnado en un deber de seguridad, tutela no ya el interés de prestación, sino exclusivamente el **interés de protección**, cuya lesión puede dar también lugar, sin duda, a una responsabilidad contractual.*

En esta hipótesis, entonces, el cumplimiento del deber de diligencia no conlleva el cumplimiento del deber central y, por lo tanto, no representa una prueba del cumplimiento de la obligación, sino, tan sólo, la satisfacción de un interés de protección autónomamente considerado en sede contractual.³⁵⁷

Lo que se extrae de los comentarios citados, es que las partes reunidas por un vínculo jurídico, un vínculo obligacional, deben necesariamente observar deberes, que no sólo son los clásicos deberes de cumplimiento de la prestación debida, sino que adicionalmente deben procurar satisfacer ese interés de protección al cual se refiere Fernández Cruz, deber que es de exigencia plena y recíproca. Es decir que se debe reinterpretar el contenido del artículo 1314 y dirigirlo hacia el cumplimiento de deberes que desbordan el simple cumplimiento de una prestación.

³⁵⁷ Ibid. Pág. 868.

En ese sentido, podemos ver que ese deber que deben cumplir las partes que están unidas en un contrato válidamente celebrado, es perfectamente aplicable, también, a las partes tratantes en un negocio aún no perfeccionado. No debemos olvidar que ya hemos explicado los deberes genéricos que se presentan en las partes durante la etapa precontractual, deberes que, al igual que los comentados aquí, son también plenamente exigibles y cuya violación da lugar al deber de indemnizar.

Entonces, si bien el artículo 1314 se aplica, básicamente, a los casos de deberes nacidos de relaciones obligacionales en el estricto sentido de la palabra, no podemos dejar de lado el hecho de que los mismos deberes que allí se han establecido, son de aplicación y de observancia por las partes tratantes en las negociaciones previas a la celebración del contrato. Y con mayor razón, los mismos deberes han sido exigidos a aquellas partes que, habiendo llegado a perfeccionar un negocio, éste se anula posteriormente por haberse verificado un vicio estructural, lo que da lugar también a la responsabilidad precontractual, según hemos visto.

La diligencia, la buena fe, el deber de información, el deber de protección, son comportamientos que se exigen, tanto en la ejecución de un contrato, como también durante las tratativas preliminares, por lo tanto, las reglas establecidas en dicho artículo, pueden ser interpretadas, también, como normas de conducta aplicables a los tratantes de negocios jurídicos aún no perfeccionados.

2.2.2.- El art. 1969 y la responsabilidad extracontractual

Como ya hemos señalado en otra parte de este trabajo, nuestro Código Civil regula la responsabilidad extracontractual dentro del Libro de las Fuentes de las Obligaciones (Sección Sexta), a partir del Art. 1969 hasta el 1988. El artículo 1969 dice lo siguiente: *“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.”* Si bien, como dice Fernando de Trazegnies,³⁵⁸ la intención original era establecer tres supuestos principales (la inclusión de la responsabilidad objetiva al lado de la subjetiva, entender la indemnización como una reparación del daño y no como un castigo contra la culpa del causante y proponer la distribución social de los accidentes), el legislador le dio un carácter netamente subjetivista, ya que el autor de un daño sólo estará obligado a indemnizar si actuó con culpa o dolo; al haber incluido el daño moral y el Daño a la Persona como supuestos de resarcimiento, se estableció un sistema de indemnizaciones que responderían al principio de venganza o de punición civil, antes que a la reparación del daño, por lo que el segundo objetivo de la propuesta inicial tampoco habría sido aceptada plenamente. Y en cuanto a la propuesta de una distribución social del daño, que estaría evidenciada a través del establecimiento de seguros obligatorios, la oposición que presentaron las compañías de seguros, derivó en que en el texto final del Código sólo se incluyó un artículo, el 1988 (inútil, según el autor), que establece que mediante ley especial se determinarán los sujetos obligados a contraer un seguro, y los daños que deban ser objeto de resarcimiento en

³⁵⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual en la historia del Derecho Peruano.” En Themis – Revista de Derecho N° 50. Lima 2005. Pág. 207 y ss..

virtud del mismo. Por ello, la jurisprudencia nacional sigue utilizando el principio de la culpa con la carga de la prueba invertida, para efecto de establecer indemnizaciones por daños injustamente producidos.

Explicando la decisión que se tomó en la redacción final del Código, Vidal Ramírez comenta que *“según lo ha dejado expuesto en la Exposición de Motivos, León Barandiarán procedió a ponderar los criterios informantes de la responsabilidad extracontractual considerando 1º) el de la responsabilidad subjetiva; 2º) el de la responsabilidad por cosas riesgosas o actividades peligrosas; y 3º) el de la responsabilidad objetiva, tomando la opción que pasamos a describir: ‘No era dable admitir el tercero, pues ello significa desconocer el carácter propio de la fenomenología jurídica que importa la responsabilidad, desde que aquella respecta al proceder de un sujeto como tal, de una persona, pues, que debe ser enjuiciada axiológicamente para determinar lo plausible o no plausible de esa conducta, en cuanto se debe tomar en cuenta el hecho de un daño para determinar la responsabilidad en el autor de este daño.*

El segundo criterio corresponde sólo a daños por cosas riesgosas y actividades peligrosas que originan que sean tenidas en cuenta para una determinada responsabilidad, y aunque pueden ser numerosos los casos para su aplicación no es, sin embargo, el único criterio informador para poder establecer la responsabilidad {...} Quedaba, pues, el primer criterio informador y tal ha sido el adoptado por el codificador, conforme al cual como principio se responde por el daño, cuando juzgada la conducta respectiva, se encuentra que hay una

*razón suficiente para la responsabilidad {...}*³⁵⁹ Es pues, en palabras del Dr. Vidal Ramírez, *“...indiscutible el retorno del Código Civil vigente al sistema subjetivo o de la culpa pero con un sesgo hacia la teoría del riesgo, aunque tal sesgo implique la adopción de los criterios objetivos propios de ese sistema. El Código eliminó la nominación de los actos ilícitos y el artículo quedó, simplemente, bajo el epígrafe de “responsabilidad extracontractual”.*³⁶⁰

Hemos visto que en el art. 1969 del Código se establece una cláusula normativa general, o sea un enunciado cuyo contenido tiene que ser establecido por los intérpretes³⁶¹ En efecto, se deja abierta la posibilidad para que sean los Jueces los que puedan descubrir cuáles serán los supuestos de hecho que deban dar lugar a reparaciones indemnizatorias. Al respecto, debemos puntualizar que las cláusulas normativas generales se encuentran dentro de lo que la doctrina ha dado en llamar los sistemas atípicos de la responsabilidad civil. El otro sistema, el típico, es uno de naturaleza más cerrada, como vamos a describir a continuación.

Según el tratadista argentino Luis Andorno³⁶² se visualizan básicamente dos ámbitos, el primero que podemos denominar el de la tipicidad, y el segundo, el de la atipicidad. Así, las legislaciones del common law y el Código Civil alemán

³⁵⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Los sistemas de responsabilidad extracontractual y la codificación civil peruana”. En la obra colectiva “Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova”. Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez, Directores. Editora Jurídica Grijley. Lima 2004. Pág. 836.

³⁶⁰ Ibid. Pág. 857.

³⁶¹ LEÓN HILARIO, Leysser L. “La responsabilidad extracontractual (apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano).” En “La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y perspectivas.” Jurista Editores. Segunda Edición Lima 2007. Pág. 99.

³⁶² ANDORNO, Luis O. “Daño (e injusticia del daño)”. En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006. Pág. 218.

(BGB) y también los EEUU y los países del Commonwealth, esto es, los extraños a la codificación francesa, plantean la licitud civil en base a un elenco casuístico de determinadas figuras que aparejan responsabilidad, que muchos han denominado como figuras típicas. Desde luego que no es una tipicidad que se identifica con los tipos penales. Sólo se exige a los fines de la sanción resarcitoria, la violación de ciertos derechos subjetivos absolutos de singular relevancia y que se describen en la norma, como son el derecho a la vida y a la integridad física y otros de similar naturaleza.

Ahora bien, frente a estas legislaciones de verdadero casuismo descriptivo de los ilícitos, tenemos las soluciones de clara atipicidad que reconocen su punto de partida en el Código Civil francés de 1804 y en él, el conocido artículo 1382 que reza *“cualquier hecho del hombre, que cause un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa ha sucedido, a repararlo.”* En esta línea de la atipicidad del ilícito civil, que siguieron las aguas del *Code*, que establecen normas regulatorias de dicho ilícito de contenido amplio, que la doctrina italiana ha denominado *clausula generale di responsabilità*, se encuentra también nuestro Código Civil.

De este modo se ha procurado delinear en muy grandes trazos, los dos sistemas, –típicos y atípicos– en que pueden agruparse las soluciones del derecho comparado en la regulación del ilícito civil. Ellos presentan así una diversa característica, pero si se analiza el tema en visión retrospectiva, la evolución doctrinaria y jurisprudencial nos permitirá concluir en que es dable

observar que las diferencias de estructura entre uno y otro sistema se han ido esfumando en los hechos.

Por otra parte, el segundo párrafo del Art. 1969 ha generado más críticas que alabanzas, ya que al establecer la inversión de la carga de la prueba, a efectos de determinar la inexistencia del dolo en el accionar del agente, genera ciertos problemas: *“Queda evidentemente en claro que la inversión de la carga de la prueba no puede comprender el caso de dolo, porque el dolo no se presume nunca.”*³⁶³ Efectivamente, a fin de atribuir una conducta dolosa, es necesario que se demuestre la misma, pero eso deberá correr a cargo, entendemos, de la víctima del daño, ya que si no se demuestra el dolo, en todo caso se entenderá que el agente actuó de manera culposa.

Es evidente el carácter subjetivista de nuestro propio Código (aunque con algunos atisbos tímidos de responsabilidad objetiva, como la contenida en el art. 1970), al momento de la calificación de la responsabilidad extracontractual. En nuestra opinión, debería observarse a la responsabilidad extracontractual desde la perspectiva de la víctima y del deber de ser resarcida al sufrir un daño injusto. Sobre este aspecto volveremos más adelante.

Así pues, según los criterios de la responsabilidad extracontractual establecidos en nuestro sistema jurídico, lo que se evalúa es el accionar con culpa, factor atributivo de responsabilidad subjetiva que es el fundamento de la

³⁶³ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual.” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1988. Pág. 152. En el mismo sentido LEÓN HILARIO, Leysser L. “La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y perspectivas.” Jurista Editores. Segunda Edición. Lima 2007. Pág. 102.

misma. Sin embargo, como ya hemos explicado, en la ruptura de las negociaciones no resulta plausible hablar de una conducta culpable (infracción del deber de diligencia exigible: *diligentia in contrahendo*), porque el precontrayente nunca, en ningún caso, está obligado a contratar, ya que el Derecho –el principio de libertad contractual– le permite que rompa las negociaciones aún en contra de las exigencias de la buena fe. Por eso, no cabe calificar su conducta de culpable estrictamente”³⁶⁴ En efecto, ya hemos señalado que al referirnos a la *culpa in contrahendo*, el término culpa se hace más extenso que lo que su literal definición nos tiene acostumbrados.

Si tenemos en cuenta que la definición de culpa en nuestro Código se asocia a la falta de diligencia del autor del daño, no debemos olvidar que en lo que respecta a la responsabilidad precontractual, hemos visto que el término *culpa* adquiere mayor relevancia o, si se quiere, dimensiones más amplias que la sola alusión a la falta de diligencia. Si bien la doctrina emplea la expresión *culpa in contrahendo* (siguiendo el modelo de Jhering), no se quiere aludir a un criterio de imputación de responsabilidad (falta de nivel de diligencia exigible), sino al incumplimiento de determinados deberes en la fase precontractual.³⁶⁵

No debemos perder de vista que la responsabilidad precontractual se identifica, no sólo con los daños ocasionados por la ruptura injustificada de las tratativas negociales, sino que también con aquellos casos de ineficacia contractual por causal existente al momento de su celebración.³⁶⁶ En efecto,

³⁶⁴ MEDINA ALCOZ, María. Op. Cit. Pág. 87.

³⁶⁵ MEDINA ALCOZ, María. Op. Cit. Pág.73.

³⁶⁶ LEÓN HILARIO, Leyser L. “La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas”. Jurista Editores. Lima 2007. Pág. 594.

hemos visto que cuando Jhering publicó su famosa monografía (“*Culpa in contrahendo...*”), hizo referencia a diversos ejemplos en los que el problema estaba en establecer si, a pesar de la nulidad de los contratos, la persona que propiciaba el error incurría en alguna forma de responsabilidad y, por lo tanto, debía resarcir los daños ocasionados al tratante que había creído formar parte de una relación regular.³⁶⁷ Hasta la publicación del trabajo de Jhering, se descartaba que el eventual establecimiento de un criterio de responsabilidad pudiera ser el contractual, por cuanto, en estricto, no habría conseguido formarse ningún vínculo entre los celebrantes. Explicaba que a la responsabilidad nacida en el periodo precontractual tampoco eran aplicables como fundamento, ni la *actio de dolo* ni la *actio legis Aquiliae*, ya que no existía el elemento intencional que se requería para la primera, ni mediaban los requisitos de daño visible y material causado a objetos exteriores, exigidos por la segunda acción. Por ello, Jhering demostró que el resarcimiento en esos casos de responsabilidad precontractual encontraba fundamento en la responsabilidad contractual.

Para arribar a su objetivo, Jhering rescata el valor de la obligatoriedad de los contratos; el deber de cumplir será el fin primario de aquéllos, pero ello no significa que el contrato nulo, por no dar pie a tal deber, no genere obligaciones de ‘otro tipo’. La celebración de un contrato no genera sólo una obligación de cumplimiento, sino también, según los casos, una obligación de resarcimiento del daño, cuando la ejecución deviene en imposible a consecuencia de algún impedimento legal. Para Jhering, “la ‘diligencia

³⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 598.

*contractual' (contractlichen diligentia) 'es requerida en las relaciones contractuales en fase de formación y en las relaciones contractuales ya perfeccionadas. La inobservancia de dicha diligencia da lugar, en ambos supuestos, a la acción contractual para el resarcimiento del daño.'*³⁶⁸

En tal sentido, la concepción originaria de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* puede ser resumida así: “quien haya sufrido daños debido a la nulidad del contrato –el origen de la nulidad puede ser relativamente amplio y estar en relación con el sujeto, objeto o consentimiento– puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la justificación o la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una *culpa in contrahendo* en el declarante, culpa que se extiende no tanto como criterio de imputación subjetivo sino que se viene a identificar con la antijuridicidad.”³⁶⁹ El término *culpa in contrahendo* no se circunscribe únicamente al clásico concepto de la culpa como factor de atribución subjetivo de responsabilidad, sino que va más allá y se extiende a otros supuestos de actuaciones que determinan la invalidez del contrato por actos cometidos antes de su celebración.

Lo que sucede es que la tendencia subjetivista no ha dejado de tener vigencia desde la aparición del *Code* francés. Pero si bien en dicho cuerpo normativo se sentaron las bases de la responsabilidad subjetiva, los posteriores Códigos han ido desarrollando nuevos componentes, como el “daño injusto”, y otros

³⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 601.

³⁶⁹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “La *Culpa in contrahendo*. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)”. Servicio Editorial Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989. Pág.29.

criterios de responsabilidad, como el objetivo. La responsabilidad civil está destinada a adaptarse a todos los cambios sociales y a reconfigurarse según el hombre vaya adquiriendo nuevas habilidades o incursionado en otras tantas actividades.

Hoy en día, consideramos que no es posible enmarcar los casos de responsabilidad precontractual dentro de los criterios establecidos para la responsabilidad extracontractual, ya que, como hemos señalado anteriormente, existen elementos más que suficientes como para afirmar que aquella se acerca más a la responsabilidad contractual.

2.3. Los plazos de reclamación

En nuestro ordenamiento, ya hemos visto que el sistema de responsabilidad está delimitado claramente entre el contractual y extracontractual, no admitiéndose (porque no encontramos argumentos para ello) un *tertium genus* que englobe a la responsabilidad precontractual, sino que ésta se adhiere a las reglas de la responsabilidad contractual, según se ha explicado.

Al haber delimitado conceptualmente ambos sistemas, es conveniente entonces justificar ahora los plazos a los que se deben ajustar los que reclamen por los daños ocasionados por responsabilidad precontractual. Dice Giovanna Visintini que *“el distinto régimen en materia de cómputo para la prescripción es el punto en que se plantea con más énfasis el problema de la determinación precisa de las áreas de la responsabilidad contractual y*

*extracontractual.*³⁷⁰ Esto es cierto por cuanto, tanto en el Código italiano, del que hemos extraído la mayor parte de nuestra propia normativa (aunque de manera imperfecta, como ya otros han apuntado con acierto) se presentan distintos criterios al momento de establecer los plazos prescriptorios para el inicio de acciones resarcitorias.

Empecemos delimitando el concepto del tipo de acción al que debe acceder el afectado por daños precontractuales. Se dice que *“la codificación civil moderna receptó el concepto romano de las actio in personam y a partir del Código Napoleón, en cuanto a su prescriptibilidad, se reservó la denominación genérica de acción personal para el plazo prescriptorio ordinario de 30 años y la denominación específica de cada acción personal cuando se preveía para ella un plazo prescriptorio abreviado. Igual ha ocurrido en nuestra codificación civil.”*³⁷¹ La doctrina utiliza como criterios de clasificación de las acciones, aquellos que las distinguen en reales y personales, según la naturaleza del derecho del que emerge la acción.

La acción *in personam* en el Derecho romano era propiamente una acción creditoria, como bien apunta Vidal Ramírez, *“...pues era la acción que tenía el acreedor frente a quien era o devenía en su deudor, quien en el Derecho romano antiguo, era responsable del crédito aun con su propia persona.”*³⁷²

Más adelante el autor explica que el concepto de las acciones creditorias

³⁷⁰ VISINTINI, Giovanna. “Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil.” Traducción del italiano por Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2002. Pág. 127.

³⁷¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Prescripción extintiva y caducidad.” Gaceta Jurídica. Lima 2006. Pág. 173. El autor señala que los romanistas coinciden en establecer el origen de las acciones personales como

dimana de una relación jurídica que tiene por objeto un crédito constituido por una obligación de dar, hacer o no hacer. *“Las acciones creditorias en el Código Civil y la legislación en general siguen denominándose acciones personales, salvo denominaciones específicas en razón de sus características y finalidades, como ad exemplum las acciones indemnizatorias o las acciones cambiarias.*

Las acciones creditorias son inherentes, pues, a quienes tienen la calidad de acreedores o, en general, de sujetos pretensores, sin que deba entenderse que sólo correspondan a derechos creditorios, pues como ya hemos indicado, pueden ser pretensiones que dimanen de derechos personales, familiares, reales, autorales o participatorios.”³⁷³

Resulta evidente que al enmarcar los casos de responsabilidad por *culpa in contrahendo* dentro de los criterios y reglas de la responsabilidad contractual, es también procedente que se adopten las reglas correspondientes a los plazos de reclamación para ese tipo de acciones.

En cuanto a los plazos de prescripción de la acción, nuestro Código fija el plazo prescriptivo de la acción por responsabilidad contractual, de manera más favorable que para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual. El Art. 2001 fija los plazos prescriptivos para ambas acciones, estableciéndose el referido a la contractual en diez años (inc. 1) y el de la extracontractual en dos años (inc. 4). Hemos explicado anteriormente que

resultado de la división de las acciones *actio in rem* y en *actio y personam*, trazada por Gayo y seguida por Justiniano.

³⁷² Ibid. Pág. 208.

³⁷³ Ibid. Pág. 209.

la justificación para esta diferente tratativa, que se repite a nivel de otras legislaciones, es por la necesidad de un temprano ofrecimiento de las pruebas necesarias para la determinación judicial de los supuestos que hacen viable el resarcimiento extracontractual. Tal urgencia no se presenta en el resarcimiento debido por incumplimiento, que protege el derecho de una prestación regulada y programada en el negocio jurídico que le dio origen. Hay, en dicho caso, y en virtud de la ley, una ‘perpetuación’ de la relación obligatoria (*perpetuatio obligationis*), bajo la especie del resarcimiento, que está previsto para amparar la posición del acreedor.³⁷⁴

Es cierto que en los casos de *culpa in contrahendo*, no existe una relación obligatoria típica, en el sentido clásico de la expresión; sin embargo, el hecho de darse el contacto negocial antes explicado (en el caso de la ruptura injustificada de las tratativas preliminares) o de haberse anulado o declarado ineficaz un contrato por una causal ocurrida en la etapa de formación del mismo, conlleva a aplicar los mismos criterios que para los casos de responsabilidad contractual, por lo tanto, en el caso de nuestro Código, consideramos que se aplican los plazos contenidos en el numeral 1 del artículo 2001.

En el caso de la ruptura de las tratativas precontractuales de manera injustificada, el plazo de prescripción empezará a computarse desde el momento en que se quiebran o rompen dichas tratativas, porque –al igual que en el incumplimiento de una obligación contractual típica– aquí el tratante infiel

³⁷⁴ LEÓN HILARIO, Leysser L. “La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y perspectivas.” Jurista Editores. Segunda Edición Lima 2007. Pág. 68.

también ha incumplido, no con la prestación como en el otro caso, sino con el deber de lealtad y buena fe hacia su contraparte. Por su parte, en el caso de los contratos ineficaces, el plazo se computa desde la declaración de ineficacia del mismo.

3.- El incumplimiento eficiente y su efecto en nuestro sistema

El incumplimiento eficiente es una tema que está íntimamente ligado con el análisis económico del Derecho y, sin que el presente capítulo tenga por propósito hacer un estudio pormenorizado de los supuestos y casos en los que dicha teoría encaja dentro de nuestro propio tema de estudio, y sin perjuicio de la posición crítica que tenemos sobre esta “nueva doctrina” o forma de analizar el Derecho, consideramos importante hacer una breve referencia al tratamiento que, según los seguidores del “law and economics”, podría aplicarse a los casos de *culpa in contrahendo*.

Alfredo Bullard señala que el *“...el análisis económico del derecho es una metodología de análisis que apareció, aproximadamente, en los '60 en los EE.UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al derecho... Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Y, como dice Calabresi, desperdiciar en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. Lo que se busca es, por lo tanto, un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir, un Derecho que evite el uso*

*inadecuado de los recursos, creando incentivos de conducta correctos para lograr ese fin.*³⁷⁵

El incumplimiento eficiente está, principalmente, referido a casos de incumplimiento contractual, y *“se presenta cuando, entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución, se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento, se torne menos eficiente. En otras palabras, el cambio de circunstancias puede llevarnos a que incumplir sea más eficiente que el cumplir.*³⁷⁶

La eficiencia está definida como la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de esa misma situación. Una operación de intercambio, es decir un contrato, es eficiente, cuando, como consecuencia de éste, los bienes y/o servicios involucrados quedan asignados a usos más valiosos a los que tenían antes que el intercambio operara.³⁷⁷

Si hacemos un análisis de lo que postula la teoría del incumplimiento eficiente, podremos apreciar que, siguiendo a Cooter y Ulen, el rompimiento del contrato es más eficiente que el cumplimiento del mismo cuando el costo de su cumplimiento excede los beneficios para todas las partes involucradas. Qué se quiere decir con esto: que es posible que en un determinado momento,

³⁷⁵ BULLARD, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?. La Teoría del Incumplimiento Eficiente.”. En “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales.” Palestra Editores. Lima 2003. Pág. 37.

³⁷⁶ Ibid. Pág. 227.

precisamente cuando se negociaron los términos de un contrato y se llegó a celebrar el mismo, las condiciones en las que se encontraban los contratantes eran convenientes para sus propios intereses, lo cual motivó la celebración del acuerdo. Sin embargo, es posible y es usual que dichas condiciones no permanezcan inmutables, sino que, por el contrario, se produzca un giro que determine que, para una de las partes, el cumplimiento de las prestaciones a su cargo va a implicar, lejos de un beneficio, un perjuicio excesivo. En estas condiciones, el análisis económico del Derecho justifica el incumplimiento por parte de la persona que se pueda ver afectada por la reducción de sus beneficios o por el incremento de los perjuicios, aduciendo que es más eficiente el incumplir que el cumplir: la asignación de los recursos debe ir a sus usos más valiosos.

Si bien la regla enunciada en el párrafo anterior ha sido concebida para los casos de incumplimiento contractual, en el estricto sentido del término, traslademos por un instante dicha regla al campo de la responsabilidad precontractual. Si hemos convenido en que la ruptura injustificada de las tratativas precontractuales tiene como efecto el de imponer el pago de la indemnización en el co-tratante infiel, analicemos dicho escenario desde la perspectiva del incumplimiento eficiente. Veamos, si bien nos hemos preocupado en aclarar que no necesariamente el inicio de las tratativas es un elemento que dará lugar ineludiblemente al perfeccionamiento del contrato, la ruptura de éstas debe obedecer a un criterio de razonabilidad, a un criterio de ecuanimidad o, si se quiere, a un criterio de equidad: *“hasta que el contrato no*

³⁷⁷ Ibid. Pág. 227. El autor se refiere a la definición dada por Mitchell Polinsky.

*queda perfeccionado las partes se encuentran legitimadas para decidir –con la más absoluta libertad– si resulta conveniente para ellas (o no) concluir el negocio que se le propone*³⁷⁸ Es claro también que, en las negociaciones preliminares, las partes pueden incurrir en gastos, los denominados “costos de transacción”, los cuales, *per se*, no generan ni obligación de celebrar el contrato ni tampoco obligación de reembolso.

Evidentemente, se pueden dar inicio a tratativas sin que ello obligue a la conclusión del contrato, ya que si ello fuera así, se generaría un riesgo muy grande de quedar atado a una relación obligacional con la cual no se está conforme, situación que no es la buscada por el Derecho. Dice José Juan Haro Seijas en un artículo que enfoca en tema desde la perspectiva del *Análisis Económico del Derecho*, que “...bien vistas las cosas, como quiera que los contactos previos y las negociaciones no generan normalmente ningún tipo de vinculatoriedad para los potenciales contratantes, incurrir en costos de transacción es como comprar un boleto de lotería: a veces puede obtenerse un premio, pero para hacerlo es necesario asumir el riesgo de que el valor del boleto también puede perderse. Esta circunstancia constituye lo que Allan Farsworth denomina la “visión aleatoria de las negociaciones”: por definición, una parte que entra en tratativas con la expectativa de obtener una ganancia que sólo será posible en el caso de concluirse un acuerdo definitivo soporta el riesgo de la pérdida que resulte –cualquiera que ésta sea– si la otra parte rompe las negociaciones. Tal riesgo puede ser estimado de un modo más o menos científico, pero en gran parte de las ocasiones –dada la natural aversión

³⁷⁸ “HARO SEIJAS, Juan José. “¿Podría Usted no hacer negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. *Advocatus – Revista de Derecho*. Número 7, Lima 2002. Pág. 126.

*al riesgo de la mayor parte de individuos– existe el peligro de que sea sobre-estimado.*³⁷⁹ Estos son los riesgos normales que son aceptables y en los que ante la pérdida económica, no queda sino “internalizarla”, ya que siempre existió un riesgo de que el contrato no se llegue a perfeccionar.

Lo contrario sucede cuando, en base a la actitud de una de las partes, la otra cree razonadamente en que el contrato se va a celebrar y, en algunos casos incurre en gastos, en otros, desecha otras ofertas, o simplemente se genera una expectativa respecto a los beneficios que se van a obtener del perfeccionamiento del convenio. Sin embargo, también es posible, y en esto consiste el tema central de nuestro estudio, que sin una justificación aparente, una de las partes, aquella que inspiró confianza razonada en su contraparte, decide romper las tratativas y se aparte de las negociaciones, con la consiguiente causación de un perjuicio en detrimento de su contraparte. Evidentemente, el que injustificadamente se alejó de la posibilidad de celebrar el contrato, causando de esta manera un perjuicio en la otra parte, debe indemnizar. Pero, según el análisis económico del derecho, dicha conducta, lejos de ser un acto contrario a Derecho, puede considerarse eficiente, si es que se reúnen ciertos elementos, como a continuación vamos a resumir. Dice Bullard³⁸⁰ que *“...para que el simple pago de los daños ocasionados por el incumplimiento desarrolle su función de crear incentivos para que los contratos se cumplan cuando son eficientes y se rompan cuando no lo son, el monto de la indemnización debe poner al acreedor en la misma posición en la que estaría si el contrato se hubiese, efectivamente cumplido. Es decir que, tanto la*

³⁷⁹ Ibid. Pág. 131.

³⁸⁰ BULLARD, Alfredo. Op. Cit. Pág. 233.

sobrecompensación como (la subvaluación de) la compensación son económicamente indeseables.” Por otro lado, para que sea completamente eficiente el rompimiento contractual, se debe considerar que la situación de las partes intervinientes debe encontrarse en el denominado “Óptimo de Pareto”, según el cual, ninguna de las partes ve empeorada su situación.

Trasladando lo señalado al campo del rompimiento de las tratativas precontractuales, para que dicha acción sea considerada eficiente, debe también darse el mismo supuesto: es decir que el tratante infiel no empeore su posición y que al perjudicado se le indemnice, no el interés positivo, como en el caso del rompimiento del contrato, sino que se le indemnice el daño al interés negativo, según los límites que ya antes hemos analizado en otra parte de este trabajo.³⁸¹ En otras palabras, si bien se sanciona con el deber de indemnizar por los daños ocasionados por la ruptura injustificada de las tratativas, dicha actuación se justifica en la “eficiencia de la reasignación de recursos a sus usos más valiosos”, es decir, si es que el tratante infiel obtuvo un beneficio derivado de su conducta contraria a la buena fe, y a la par de ello, se indemnizaron los daños ocasionados al perjudicado, entonces el análisis económico del derecho considera eficiente dicho accionar.

Sin embargo, consideramos que la inspiración del derecho no es el considerar si el incumplimiento de obligaciones o deberes sea o no eficiente, sino la

³⁸¹ Haro Seijas señala que “sin perjuicio de que, como ha quedado dicho, el remedio típico en el ámbito de la responsabilidad precontractual debe ser la indemnización del interés negativo, tengo la impresión de que en algunos casos extremos podrían existir argumentos para indemnizar el interés positivo. Así ocurriría, por ejemplo, si las negociaciones hubieran ya concluido y lo único que restara fuera la suscripción de los documentos contractuales”. HARO SEIJAS, Juan José. Op. Cit., Pág. 145.

Justicia, la equidad. En nuestros días, no se cree que lo libremente querido sea justo, ni que necesariamente en las relaciones negociales deba existir una igualdad entre las partes. Existen sobrados ejemplos que prueban lo contrario, cuando por la evolución del capitalismo se ha concentrado el poder económico en manos de unos pocos (empresas o particulares), se advierte –muchas veces–, que en las relaciones contractuales existe un «débil negocial», al que sin duda alguna, el ordenamiento jurídico debe proteger.

El individualismo está cediendo frente a una concepción social de los problemas humanos. Hay una mayor preocupación por la justicia distributiva. La profunda transformación que experimentó la sociedad con el maquinismo y la revolución industrial, provocó no sólo beneficios y progresos, sino también nuevas formas de daños. El Derecho debe dar una respuesta, por un principio de justicia que tiende a restablecer el desequilibrio que ocasionó el daño.

La paulatina transformación de la responsabilidad civil hacia la reparación de daños, entre los que se incluye la consideración del «daño al interés negativo», constituiría un avance prometedor hacia ese principio de justicia.

Por ello, compartimos ciertamente las críticas al análisis económico del derecho que procuran rescatar más que conceptos económicos importados a las ciencias jurídicas, el verdadero sentido que debe orientar a nuestro sistema de responsabilidad civil.³⁸²

Consideramos que dicha postura es un exceso por parte del autor, ya que la indemnización al interés positivo no puede ser considerada para los casos de responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

³⁸² Las críticas a las que nos referimos están consignadas en la obra “Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil” (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

I.- Conclusiones

Como objetivo central de nuestro trabajo, nos habíamos propuesto analizar el contenido, alcances y efectos de la *culpa in contrahendo*, desde la perspectiva de nuestra propia regulación y su comparación con otras legislaciones, así como del tipo de responsabilidad que involucra dicha figura y, a partir de su definición y revaloración, corregir la precaria redacción del articulado referido a la *culpa in contrahendo* y la responsabilidad precontractual en el Código Civil, ya que consideramos que la actual normativa resulta insuficiente, debido a la poca atención legislativa que se ha dado a esta figura.

A la luz de los estudios que se han hecho sobre los aspectos relacionados con la naturaleza de este tipo de responsabilidad, creemos que es el momento oportuno para rediseñar su estructura en nuestro Código. El problema, ya lo hemos señalado, está centrado en la falta de regulación de dicha figura en nuestro Código Civil, desde su definición hasta el aspecto sancionatorio, que también debe estar normado, por lo que los cuestionamientos que han surgido a partir de la revisión analítica del tema, justifican la proposición de renovaciones a los mismos.

Católica del Perú. Lima 2004), cuyos autores son Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze. En dicha obra se desmitifica la novedad de los conceptos que dichas teorías pretenden imponer en nuestra realidad jurídica, a costa de avasallar, incluso, el propio Derecho.

Teniendo en cuenta la revisión de la doctrina autorizada y la comparación legislativa a la que se ha sometido el tema de estudio, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La responsabilidad civil debe ser tratada de manera diferenciada, considerando sus dos fuentes: la contractual y la extracontractual. Por lo tanto, se descartan las teorías monistas de la responsabilidad civil.
2. El sustento de la responsabilidad contractual es la lesión al id quod interest del acreedor, es decir, a la pérdida sufrida o a la ganancia dejada de obtener debido al incumplimiento de la prestación a que se compromete el deudor, derivada de una relación obligatoria preconstituida. El deudor sólo será eximido de responder por el incumplimiento de la misma, si es que acredita que pese a haber demostrado diligencia en su accionar, diligencia que además involucra el deber de protección hacia la prestación, ha sobrevenido la imposibilidad objetiva de ejecución, por causa no imputable a su conducta.
3. El sustento fundamental de la responsabilidad extracontractual está en la verificación de un hecho dañoso en la esfera del perjudicado, al margen de la secundaria consideración respecto a la ilicitud del hecho. Todo daño es resarcible, aun el no patrimonial, en la medida en que sea resultado de un ataque a un interés que ante el Derecho deba juzgarse digno de protección.
4. La doctrina moderna distingue, en razón de su importancia, la figura del

negocio jurídico, como un supraconcepto que abarca todos los actos de autonomía privada relevantes para el Derecho como tales, de la del contrato, que representa sólo una especie del género negocio: el acto bilateral o plurilateral con contenido patrimonial.

5. En toda relación contractual, el iter negocial comprende tres etapas: la generación, la perfección y la consumación.
6. La etapa previa a la celebración en si misma del contrato es importante, no sólo por la responsabilidad que se genera a partir de que se inician las tratativas, sino que ellas servirán, eventualmente, para la final interpretación de lo que fue querido por las partes.
7. Los tratos preliminares son los actos que se llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato. Pueden consistir en conductas, conversaciones, negociaciones, manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores, que no constituyen per se ningún acto jurídico en sentido estricto, pues de ellos no derivan efectos jurídicos de manera inmediata, pero son relevantes por su trascendencia en orden a la formación de la voluntad contractual y en orden a la interpretación del contrato.
8. La segunda etapa del iter negocial o contractual, es el perfeccionamiento, donde el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica obligacional. Esta etapa

comprende desde la declaración de la oferta por el oferente hasta el conocimiento por éste de la aceptación del destinatario de la oferta, que da lugar a la celebración del contrato, incluyéndose en la etapa las posibilidades de retractación de la oferta, la contraoferta y la retractación de la aceptación.

9. La etapa de la consumación es la última en la vida de un contrato. Comprende el período de cumplimiento del fin para el cual el contrato ha sido celebrado o, lo que es lo mismo, la realización o efectividad. A esta etapa también puede llamársele “de ejecución”.
10. La oferta propiamente dicha, no (necesariamente) se presenta de manera aislada, sino que previamente a ella, las partes tratantes ya han tenido un roce, un contacto negocial en el que se han desarrollado elementos propios de dichas tratativas, sin que ellas se constituyan en la oferta formal y definitiva. Esta es una etapa independiente, que si bien no genera los efectos que el Derecho asigna a la oferta, como figura autónoma, se da con un pleno desarrollo de la autonomía de la voluntad de las partes, con pleno conocimiento de sus consecuencias y son generadoras de sus propios efectos.
11. La esencia y razón de ser de las tratativas es la absoluta libertad de los tratantes para intercambiar ideas, proyectos y perspectivas, pues de esta manera pueden ellos plasmar autónomamente su intención de contratar. No hay acción jurídica que pueda, de manera coercitiva, obligar a la parte que

no lo hace o que se aparta de las tratativas, a celebrar el contrato.

12. Los deberes generados en la etapa de las tratativas precontractuales obligan a ambas partes a actuar con la debida racionalidad y diligencia, de acuerdo a los usos y costumbres y, sobre todo, observando los estándares jurídicos aplicables al caso concreto. El deber de diligencia es exigible tanto para la parte cuya conducta genera un daño, como también para la contraparte. Las tratativas precontractuales deben realizarse con un ánimo de buena fe de las partes, pero a la vez impone a las mismas el ejecutar actos diligentes para prevenir posibles perjuicios.
13. Si bien el contrato no ha nacido, o, en otros casos, se declara su nulidad o invalidez por un defecto surgido en esta etapa de las negociaciones, existe un verdadero deber jurídico de las partes tratantes de responder por los daños culposos o dolosos causados a su contraparte. Hay, un vínculo jurídico entre ambos, el cual les otorga el derecho recíproco de exigirse una conducta leal, correcta, acorde con la buena fe.
14. La voluntad de las partes en esta etapa es a la vez fundamental, ya que el hecho de ser actuaciones libres, dará lugar a que éstas también se constituyan en un sustento de la eventual responsabilidad de responder por las consecuencias dañosas –culposas o dolosas– de dichas acciones. El hecho de haber generado manifestaciones de voluntad orientadas al establecimiento de dicho vínculo, determinará la existencia de consecuencias como fruto de dichas manifestaciones.

15. En las tratativas precontractuales se configura un deber jurídico de actuación leal de las partes tratantes, deber que permite a las partes poder exigírselo recíprocamente. Ello justifica el hecho de que asignemos la categoría de deber jurídico a las tratativas precontractuales.
16. Autonomía privada es el poder de autodeterminación hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal; es aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.
17. Analizar y examinar el acto jurídico (o el negocio jurídico) desde un punto de vista basado exclusivamente en la declaración de voluntad, lleva a desconocer el significado social del negocio jurídico como acto de la autonomía privada y, por ende, el rechazo al concepto de causa como función socialmente razonable, digna o apreciable.
18. El Código ha recogido el sistema declarativo, pero sólo a mérito de una presunción 'juris tantum' inclinándose por las tesis de la responsabilidad y de la confianza. Responsabilidad, confianza y presunción de buena fe, son reglas que deben inspirar todas las relaciones jurídicas y, por lo tanto, aquellas dimanantes de las declaraciones de voluntad.

19. La Teoría de la Confianza es la preponderante, por cuanto en ella está subsumido como premisa de observancia obligatoria, el principio de buena fe, según el cual, las partes tienen el derecho de exigírsela recíprocamente, por lo que al no poder desentrañarse la voluntad interna de las partes, la buena fe creencia surge como un principio protector. El Código Civil peruano dispone que los contratos deben celebrarse de buena fe, admitiendo que ante la dificultad de conocer las voluntades internas de las partes, cuya coincidencia da lugar a la formación de la voluntad común, es legítimo recurrir a la apariencia para celebrar el contrato, lo que significa acoger la teoría de la confianza, que precisamente autoriza a los sujetos a dar como cierto a lo que presenta visos razonables de realidad.
20. La Teoría de la Confianza es la base para establecer responsabilidad ante actuaciones perniciosas en la etapa de las negociaciones precontractuales, por cuanto se busca proteger a la parte que actúa de buena fe y que se ve perjudicada ante una conducta desleal o arbitraria de su contraparte.
21. Es válido el criterio que señala la dualidad de la culpa, es decir, la contractual y la extracontractual, debido a las diferentes circunstancias en las que se presenta cada una de ellas. Mientras el supuesto de la contractual es una relación obligatoria en la que el *id quod interest* se sustituye o se añade, en la aquiliana falta tal supuesto y el resarcimiento aparece como objeto primario y originario de la obligación.

22. El concepto de culpa consiste en que el autor del acto, sin proponerse provocar un resultado antijurídico, no guarde la diligencia exigible, según la práctica, para evitarlo.
23. En lo que respecta al tema específico de la responsabilidad precontractual, el término culpa adquiere dimensiones más amplias que la sola alusión a la falta de diligencia. Con ella no se quiere aludir a un criterio de imputación de responsabilidad (falta de nivel de diligencia exigible), sino al incumplimiento de determinados deberes en la fase precontractual.
24. La concepción originaria de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* puede ser resumida así: quien haya sufrido daños debido a la nulidad del contrato –el origen de la nulidad puede ser relativamente amplio y estar en relación con el sujeto, objeto o consentimiento– puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la justificación o la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una *culpa in contrahendo* en el declarante, culpa que se extiende no tanto como criterio de imputación subjetivo, sino que se viene a identificar con la antijuridicidad. Dicho término se utilizará también para referirse a la responsabilidad derivada de la invalidez de un contrato por actuaciones en el período de su formación.
25. El contacto comercial torna aplicables deberes de conducta extraíbles de principios generales del Derecho, como el *neminem laedere* (pero no como aspecto central de su justificación, sino como un elemento adicional a otros

más importantes), el deber de actuar de buena fe y el deber de respetar conductas estándares en la negociación; o que son inferibles de pautas de conducta comunes a todos los actos jurídicos bilaterales. Estos grandes principios se traducen en deberes específicos de conducta, entre los que mencionamos el de cooperación y el de información, sin ignorar la existencia de otros que concurren en contratos específicos.

26. En los casos de responsabilidad precontractual, el responsable incumple injustificadamente sus deberes, los mismos que son impuestos por el contacto negocial en el que se ha visto inmersa con su contraparte, de manera voluntaria y, por lo tanto, está en la obligación de asumir las consecuencias perniciosas de su accionar.
27. En el caso de contratos declarados nulos por haberse generado una causal al momento de su celebración, el contratante culpable de la causal de ineficacia es responsable por los daños ocasionados en su contraparte, ya que se comprueba el incumplimiento de sus deberes de lealtad que le exigen el Derecho y la ética.
28. En nuestro Código Civil, el artículo 1362 se ha constituido en el fundamento jurídico legal para justificar la existencia de la responsabilidad precontractual, ya que de su interpretación se extrae la obligación de las partes tratantes de observar los deberes de lealtad en la etapa de las tratativas. Se reconoce a nivel legislativo el iter negocial.

29. La común intención a la que se refiere el artículo 1362 de nuestro Código, es aplicable a la etapa de las tratativas precontractuales que las partes llevan a cabo y debe interpretarse como esa coincidencia de voluntades orientadas a celebrar un negocio jurídico determinado.
30. Modernamente, la buena fe es considerada por la doctrina como un principio general del Derecho. La buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo.
31. La Buena Fe Subjetiva o Buena Fe Creencia, es la convicción psicológica o interna del sujeto de encontrarse en una situación jurídica regular o válida, aunque en realidad no es así, pues existe un error. El sujeto actúa en función a la “apariencia de lo externo”.
32. La Buena Fe Objetiva se manifiesta como un criterio de comportamiento conscientemente asumido. Se evalúa si este comportamiento se ajusta al estándar jurídico o prototipo de conducta social basado en reglas objetivas. El obligado por la Buena Fe Objetiva debe actuar con lealtad, la misma que genera en los demás la confianza de que será acatada.
33. La regla de la buena fe, tiene verdadera fuerza jurídica, esto es, crea deberes a los que están sometidos los futuros contratantes. En toda alternativa precontractual deberá haber tanto buena fe creencia (subjetiva),

de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, como buena fe lealtad (objetiva), obrando con cuidado y previsión.

34. La responsabilidad civil por *culpa in contrahendo*, sea por razón y causa de la ruptura injustificada de las negociaciones, o bien por consecuencia de la nulidad o anulabilidad de una determinada convención, cuyas motivaciones tienen su origen en aquellas conversaciones preparatorias del contrato. En cualquier caso se habrán infringido los principios de la buena fe y corrección, al tiempo que defraudada la razonable confianza que una de las partes había puesto en la otra como consecuencia de su comportamiento.
35. En la etapa de las tratativas precontractuales, las partes asumen deberes de conducta, deben comportarse según los cánones jurídicos estandarizados, según el tipo y circunstancias de la negociación. El que se aparta injustificadamente de las negociaciones, está en el deber de indemnizar a su co-tratante por haber violado el deber de comportarse según los cánones de la buena fe objetiva. Esto se extiende a los casos de anulación de contratos celebrados, por causa imputable a una de las partes existente al momento de la celebración del mismo.
36. Existe también en la parte perjudicada un deber de diligencia, que será necesario para efectos de poder ser un acreedor válido de indemnización. Tendrá derecho al resarcimiento la parte que efectivamente ha sido engañada o confundida, pero que no ha tenido la posibilidad de conocer las causas del engaño antes de su perpetración. No basta alegar simplemente

haber sufrido un daño para exigir un resarcimiento. El perjudicado debe estar en la capacidad de demostrar que él no tenía posibilidad de conocer las razones de la invalidez del contrato, o en su defecto, que la confianza en la celebración definitiva del contrato tenía un sólido sustento. Es decir que el que alega el perjuicio debe acreditar la buena fe subjetiva y debe demostrar su ausencia de culpa.

37. Los negocios deben ser celebrados sin que medie perturbación alguna en la formación de la voluntad común. La base de la condena a estos vicios de la voluntad, radica en que se lesiona la confianza con la que la parte afectada ha actuado y se ha producido lo que se denomina como una formación irregular del contrato.
38. El error como vicio de la voluntad, consiste en una falsa representación de la realidad, que actúa como móvil o coeficiente determinante de la declaración de voluntad, afectando el mismo proceso de formación de la voluntad correctamente declarada, es una condición de ignorancia o de falso conocimiento de la realidad empírica (error de hecho) o de la realidad jurídica (error de derecho). El error es un factor determinante para establecer responsabilidad precontractual.
39. En nuestro sistema jurídico, el error no es causal de nulidad sino de anulabilidad del acto jurídico. Es decir que no siempre, ante su presencia, un contrato deberá quedar sin efecto. Al contrario, atendiendo al principio de conservación de los actos jurídicos, la autonomía de la voluntad de las partes puede convalidarlo, o, en todo caso, si el vicio no es determinante,

dicho acto también puede conservar su eficacia. En efecto, para que un contrato sea anulado por error, éste debe ser esencial.

40. Pero si bien el error esencial es causal de anulación de un contrato, no se ampara el resarcimiento a la parte perjudicada por el error, hecho que genera ciertamente un vacío en nuestra legislación. Consideramos que debe modificarse nuestra normativa, a fin de que se ampare el derecho al resarcimiento en favor del perjudicado por el error de la parte contraria.
41. Si bien el error puede ser generador de nulidad de un contrato, cuando este se presenta en la etapa de negociación, genera responsabilidad, y por lo tanto, obligación de resarcir los daños causados. Si bien el principio de conservación del contrato puede privilegiarse para que se mantengan los efectos queridos de los contratantes, ello no es óbice para no generar responsabilidad. Si hay un daño, éste debe indemnizarse.
42. El dolo es también un factor perturbador inconsciente del proceso de formación de la voluntad jurídica que afecta a la función cognoscitiva del sujeto y, por tanto, a su voluntad interna; es una inducción al error, un engaño para provocar el error, y por eso se caracteriza por la mala fe, por el designio de perjudicar a otro.
43. Cuando el error a que el dolo ha inducido asuma carácter esencial, crea una responsabilidad por los daños; responsabilidad que encaja dentro de los supuestos de *culpa in contrahendo*, toda vez que el vicio que afecta la validez del negocio se produce en la etapa del *iter negocial*, en los

prolegómenos de su celebración, de su concreción definitiva. Es pues, este elemento, causal de responsabilidad precontractual, ya que las causas de anulación son siempre originarias y se remontan a la época en la cual se gestó el consentimiento.

44. Inválido es un contrato o un negocio jurídico en el cual falta alguno de los elementos esenciales o se encuentra viciado, o un contrato que carece de alguno de los presupuestos necesarios del tipo negocial al que pertenece. La invalidez viene, de este modo, determinada por el carácter defectuoso del supuesto de hecho contractual.
45. Se llama ineficaz en sentido estricto a un contrato en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico, pero en el cual impide la eficacia una circunstancia extrínseca a él, normalmente sobrevenida.
46. La inexistencia es un supuesto distinto al de invalidez o ineficacia del contrato, se trata de “*negotium non existens*”, cuando la falta de requisitos positivos impide hasta la apariencia del negocio. Se dará cuando la falta de un requisito sea de tal alcance que impida la identificación del negocio, que haga inconcebible el negocio, o que impida se dé el concepto del negocio.
47. Frente a los supuestos de invalidez del acto, existe plena convicción en afirmar que se presentan casos de responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo*, por cuanto ante un caso de invalidez contractual se ha

producido un vicio en la celebración del acto en la etapa precontractual, que ha determinado que el negocio sea declarado nulo o anulado.

48. En cuanto a los supuestos de inexistencia del contrato, debe considerarse la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. Al no haberse celebrado ningún contrato, éste no genera efectos, pero debe entenderse como que no se generan los efectos propios del contrato que eventualmente estaba por celebrarse. Pero ante la ruptura de las negociaciones, la actuación de mala fe de una de las partes genera efectos jurídicos, no los del contrato, pero sí los de asumir la responsabilidad si es que por su actuación se ha generado un perjuicio a la otra parte.

49. El carácter obligatorio de la oferta implica no sólo que el oferente está obligado a respetarla y que si la revoca, contraviniendo las normas, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, sino que cualquier revocación hecha por el oferente durante la vigencia del plazo no produce efecto alguno; de tal manera que la aceptación de la oferta determina necesariamente la celebración del contrato.

50. El cumplimiento de la oferta conlleva a mantenerla por el plazo establecido, de lo contrario, el destinatario podrá válidamente reclamar por los daños y perjuicios que la falta de perfeccionamiento del contrato le haya ocasionado. La revocación injustificada puede dar lugar a la responsabilidad por parte del oferente, al resarcimiento de los daños generados. Pero esa responsabilidad es de naturaleza contractual.

51. La aceptación es una declaración unilateral de voluntad efectuada por el destinatario de la oferta y dirigida a éste, en mérito a la cual se le pone en conocimiento su conformidad con los términos de la oferta que ha recibido. Mediante la aceptación se ha logrado el acuerdo de voluntades entre las partes (oferente y destinatario) quedando celebrado el contrato.
52. La aceptación por sí sola no produce efectos; sólo será eficaz a partir de que es conocida por el oferente, oportunidad en que se dará lugar a la conclusión del contrato. Lo importante es saber exactamente cuando se tiene por celebrado un contrato, porque dependiendo de ello, podremos establecer si es que estamos ante un contrato válido o no. El incumplimiento injustificado de la aceptación –la falta de perfeccionamiento del contrato– es un supuesto de responsabilidad contractual, ya que ante la oferta y la aceptación, se tiene que el consentimiento de las partes ha dado lugar a la existencia de un contrato.
53. Los contratos preparatorios son autónomos, se mantienen distintos de los contratos definitivos y se caracterizan por fijar previamente el contenido de este contrato, sin perder su propia identidad. Tal autonomía hace que este tipo de contratos sean exigibles y que de ellos se deriven todos los efectos obligacionales propios de los contratos perfectos.
54. El incumplimiento de los contratos preparatorios no encajaría dentro de los supuestos de *culpa in contrahendo*, por constituir por sí mismos contratos típicos y con autonomía propia. Se trata de casos de típica responsabilidad

contractual por incumplimiento de obligaciones establecidas en contratos válidos y formalmente celebrados.

55. Las modernas tendencias postulan una reelaboración del fenómeno resarcitorio a partir de la prescindencia del presupuesto de la ilicitud, centrando toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del perjuicio sufrido. Por ende, el daño pasa a ser el presupuesto esencial de la responsabilidad, y la culpa (otrora factor casi exclusivo) uno de los criterios que, conjuntamente con otros y con igual valor, conforman un sistema para la imputación del nocimiento.

56. La responsabilidad civil se ha redefinido, entonces, como una reacción contra el daño injusto. La responsabilidad civil no es una forma de sancionar al culpable, sino de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento. Al abandonar la tesis de la conducta antijurídica como elemento central de la responsabilidad, se revierte la estructura de la institución, pues ya no la conceptualizamos como un comportamiento contrario a un derecho o interés protegido, sino más bien como una lesión no justificada por un derecho o interés superior del lesionante.

57. El sentido que podemos encontrar al principio del *alterum non laedere*, debe estar orientado no a prohibiciones de conductas, sino en la obligatoriedad de asumir las consecuencias resarcitorias por la producción de daños no justificados. Se le otorga así a este principio ya no un concepto preventivo,

sino más bien se le reconoce como un instrumento de protección de todo interés digno de tutela.

58. El daño injusto y, por lo tanto, el deber de resarcir, encuentra su motivación, no solamente en el castigo de una conducta dañosa, sino que ante todo, debe establecerse si esa conducta obedece a un interés superior del lesionado, y sólo se establecerá el deber de resarcimiento si es que dicha conducta no tiene un justificativo idóneo que haga incontestable su superioridad frente al interés lesionado de la víctima del daño.
59. En los casos de *culpa in contrahendo*, es perfectamente posible que se presenten daños patrimoniales y no patrimoniales, ya que el perjudicado puede no sólo haber sufrido un perjuicio económico directo, sino que también, en relación a la confianza depositada en su contraparte puede que se generen daños en su esfera no patrimonial.
60. En los casos de responsabilidad precontractual, los daños susceptibles de resarcimiento están constituidos por las lesiones al interés negativo o interés de confianza, que es, en definitiva, el interés (daño) por la no conclusión –frustración– del contrato.
61. El interés negativo se extiende para abarcar las ganancias que se pudieron obtener en un negocio dejado de lado. Además del daño emergente, éste debe comprender un cierto lucro cesante. Incluso debe poder resarcirse tanto el daño moral, como el patrimonial, y en este último, tanto el daño emergente, como el lucro cesante. Pero no es el daño al interés positivo o

de cumplimiento (que es el que corresponde al incumplimiento de un contrato válido), sino corresponde al daño causado al interés negativo. El daño al interés negativo comprendería todos los gastos y pérdidas sufridos en el proceso tendiente a la formación de un contrato. Estos gastos comprenderán lo concretamente invertido para tratar de contratar válidamente. Y las pérdidas abarcarán toda chance o posibilidad descartada por el contratante frustrado, como por ejemplo, las ganancias dejadas de obtener por no atender otras tentativas contractuales u ofertas, o inclusive, ganancias que no obtuvo en su propia actividad o giro comercial por haberse dedicado a las tratativas luego abortadas. La referida pérdida de chance será una especie de lucro cesante al interés negativo, mientras que los gastos efectuados configurarían un daño emergente. Todo ello, para ser daños resarcibles, deberá tener una conexión causal adecuada con el obrar antijurídico atribuible al contratante dañoso.

62. La responsabilidad por *culpa in contrahendo* no debe ser catalogada dentro de una categoría autónoma, no existe un *tertium genus* de responsabilidad civil. Por el contrario, existen elementos suficientes como para aplicar el modelo de la responsabilidad contractual a los casos de *culpa in contrahendo*.

63. Las teorías “extracontractualistas” de la responsabilidad precontractual encuentran su soporte principal en el hecho de que tanto ante las rupturas injustificadas de las tratativas, como en la nulidad de contratos celebrados, nunca existió una verdadera relación obligacional. Esta ausencia de vínculo formal haría que se apliquen a los casos de responsabilidad precontractual,

las reglas de la responsabilidad aquiliana. Dicho argumento no es suficientemente sólido como para que prevalezca sobre las doctrinas contractualistas de la *culpa in contrahendo*.

64. Otro de los argumentos que suele utilizarse para justificar la responsabilidad aquiliana en los casos de *culpa in contrahendo*, es que en estos casos, ante la ruptura injustificada de las tratativas, no se puede constreñir nunca a celebrar el contrato, y en el caso de los actos nulos, simplemente no puede forzarse coactivamente a celebrar nuevamente el contrato.

65. Estamos a favor de los argumentos sólidos que abonan a favor de la tesis contractualista:

65.1. La responsabilidad extracontractual se aplica en los casos en los que se causa un daño. Un daño entre personas que previamente no han tenido ningún tipo de contacto negocial o contractual. Se aplica el principio del *alterum non laedere*, ya que existe el deber general de no causar daño a otros.

65.2. La *culpa in contrahendo* siempre se presenta cuando ha habido tratos, negocios, acuerdos previos: un contacto negocial. Estas negociaciones han generado en la parte perjudicada una confianza racional, real, en la concreción del negocio y en su traducción en un contrato definitivo. Las partes no son desconocidas, sino que son co-tratantes determinados, específicos, completamente identificados y reconocibles el uno por el otro.

65.3. En los casos de responsabilidad precontractual, se presenta el deber de observar una conducta mucho más compleja que la

simple precaución sustentada en el *neminem laedere*; se exige, como deber de las partes, comportarse según los cánones de la buena fe y lealtad para con la parte contraria.

- 65.4. El contacto comercial previo obliga a comportarse según reglas específicas y asumiendo conductas particulares. El principio del *neminem laedere* no es suficiente para explicar la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual, ya que entre las partes se han generado más deberes que los que podrían exigirse entre extraños.
- 65.5. En los casos de responsabilidad aquiliana, lo que primero se produce es el daño y luego, a raíz de su determinación como injusto y de calificarlo dentro de las reglas generales de la responsabilidad civil, se genera el deber de indemnizar.
- 65.6. En los casos de *culpa in contrahendo*, primero se produce la relación entre las partes (*pourparlers*, contrato nulo) y luego, ante la inobservancia de un deber, se genera el daño. El orden de los factores es distinto.
- 65.7. En los casos de *culpa in contrahendo*, la responsabilidad siempre será relativa, es decir, siempre se podrá identificar a los sujetos que pueden incurrir en ella: los co-tratantes. Es decir, que desde antes de que se produzca el daño, desde antes de que una parte se vea afectada, ya se tiene plenamente identificados a los agentes sobre los cuales van a recaer los efectos de ese daño.
- 65.8. En casos de responsabilidad extracontractual, tenemos que en la misma no están identificados los sujetos que recurrirán a ella. Es

una situación que podríamos catalogar como “*erga omnes*” ya que el principio del *neminem laedere* es general, y no se preocupa en identificar *ex ante*, a los sujetos de la responsabilidad.

65.9. En la responsabilidad extracontractual, lo que se evalúa es el accionar con culpa, factor atributivo de responsabilidad subjetiva que es el fundamento de la misma. En la ruptura de las negociaciones no resulta plausible hablar de una conducta culpable (infracción del deber de diligencia exigible: *diligentia in contrahendo*), porque el precontrayente nunca, en ningún caso, está obligado a contratar; el Derecho –el principio de libertad contractual– le permite que rompa las negociaciones aun en contra de las exigencias de la buena fe. Por eso, no cabe calificar su conducta de culpable estrictamente.

66. Se debe reinterpretar el contenido del artículo 1314 y dirigirlo hacia el cumplimiento de deberes que desbordan el simple cumplimiento de una prestación. Resulta indispensable ampliar el concepto clásico de diligencia que, de medida del comportamiento del deudor en la ejecución de la prestación debida, ha pasado a ser entendida como una regla de control de los impedimentos sobrevenidos y, por ello, no más entendida como límite de la responsabilidad debitoria, comprendiendo una serie de deberes integrativos cuyo origen no es más únicamente la voluntad del sujeto, sino, por ejemplo, el principio de la buena fe. Las partes reunidas por un vínculo jurídico, un vínculo obligacional, deben necesariamente observar deberes, que no sólo son los clásicos deberes de cumplimiento de la prestación

debida, sino que adicionalmente deben procurar satisfacer ese interés de protección, deber que es de exigencia plena y recíproca.

67. Si bien el artículo 1314 se aplica, básicamente, a los casos de deberes nacidos de relaciones obligacionales en el estricto sentido de la palabra, no podemos dejar de lado el hecho de que los mismos deberes que allí se han establecido son de aplicación y de observancia por las partes tratantes en las negociaciones previas a la celebración del contrato. Y con mayor razón, los mismos deberes han ser exigidos a aquellas partes que, habiendo llegado a celebrar un negocio, éste se anula posteriormente por haberse verificado un vicio estructural, lo que da lugar también a la responsabilidad precontractual. La diligencia, la buena fe, el deber de información, del deber de protección, son comportamientos que se exigen, tanto en la ejecución de un contrato, como también durante las tratativas preliminares; por lo tanto, las reglas establecidas en dicho artículo, pueden ser interpretadas, también, como normas de conducta aplicables a los tratantes de negocios jurídicos aún no perfeccionados.

68. Según los criterios de la responsabilidad extracontractual establecidos en nuestro sistema jurídico, lo que se evalúa es el accionar con culpa, factor atributivo de responsabilidad subjetiva que es el fundamento de la misma. En la ruptura de las negociaciones no resulta posible hablar de una conducta culpable, porque el precontrayente no está obligado a contratar.

69. Al enmarcar los casos de responsabilidad por *culpa in contrahendo* dentro de los criterios y reglas de la responsabilidad contractual, es también

procedente que se adopten las reglas correspondientes a los plazos de reclamación para ese tipo de acciones. En cuanto a los plazos de prescripción de la acción, nuestro Código fija el plazo prescriptorio de la acción por responsabilidad contractual, de manera más favorable que para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual. El Art. 2001 fija los plazos prescriptorios para ambas acciones, estableciéndose el referido a la contractual en diez años (inc. 1).

70. En el caso de la ruptura de las tratativas precontractuales de manera injustificada, el plazo de prescripción empezará a computarse desde el momento en que se quiebran o rompen dichas tratativas. Por su parte, en el caso de los contratos ineficaces, el plazo se computa desde la declaración de ineficacia del mismo.

71. La eficiencia está definida como la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de esa misma situación. Una operación de intercambio, es decir un contrato, es eficiente, cuando, como consecuencia de éste, los bienes y/o servicios involucrados quedan asignados a usos más valiosos a los que tenían antes que operara el intercambio.

72. En el campo del rompimiento de las tratativas precontractuales, para que dicha acción sea considerada eficiente, debe darse que el tratante infiel no empeore su posición y que al perjudicado se le indemnice, no el interés positivo, como en el caso del “rompimiento del contrato”, sino que se le indemnice el daño al interés negativo. En otras palabras, si bien se

sanciona con el deber de indemnizar por los daños ocasionados por la ruptura injustificada de las tratativas, dicha actuación se justifica en la “eficiencia de la reasignación de recursos a sus usos más valiosos”.

73. Consideramos que la inspiración del Derecho no es el considerar si el incumplimiento de obligaciones o deberes sea o no eficiente, sino que es la Justicia, la equidad.

II.- Propuestas

Que no se nos entienda mal. Sabemos que en esos últimos tiempos, el tema de la reforma del Código Civil se ha puesto, por decirlo de alguna manera, de moda entre un sector de la doctrina nacional. Se ha planteado la posibilidad de cambiar radicalmente todo el actual Código y poner en vigencia uno nuevo, uno que, según los impulsores del proyecto, sería más completo y moderno.

Nuestro Código Civil ya cumplió algo más de 20 años de existencia y en todos estos años ha sufrido diversas modificaciones en cuanto a su articulado original. Quizás la reforma más traumática se produjo a raíz de la vigencia del Código Procesal Civil, que entró en vigencia el 28 de julio de 1993 por mandato del D.Leg. N° 768. En esa oportunidad se hacía necesaria cierta reforma (no tanto en el fondo como en la forma) del Código Civil, a fin de hacer las precisiones o modificaciones que se ajustaran a las necesidades de los nuevos planteamientos procesales.

Sin embargo, hay una corriente innovadora que pretende sustituir completamente el actual Código por otro, en aras de una reforma actualizadora. Efectivamente, el 22 de noviembre de 1994 se publicó en El Peruano la Ley N° 26394 mediante la cual se constituyó una “Comisión para la elaboración de un Anteproyecto de ley de reforma del Código Civil”, la que estaba integrada por representantes del Poder Ejecutivo y del Legislativo. Esta idea había surgido a raíz de una propuesta nacida en el seno del Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Lima, bajo la conducción del Dr. Carlos Fernández Sessarego, que en 1991 tuvo la iniciativa de efectuar un estudio integral del Código Civil de 1984. En esa casa de estudios se constituyeron comisiones de trabajo que tuvieron como objetivo presentar las reformas al Código.

En setiembre de 1992, la Universidad de Lima, a través de su Centro de Investigación Jurídica, publicó el primer número de su Revista “Cuadernos de Derecho” en el que se hizo referencia al proceso de estudio y revisión del Código Civil de 1984 que habían emprendido. Curiosamente, algunos de los Catedráticos de esa casa de estudios que impulsan el proceso de reforma también cumplieron roles decisivos en la elaboración del Código de 1984, como Fernández Sessarego, Max Arias-Schreiber y Jorge Avendaño Valdez. Esta publicación y las que se hicieron sucesivamente, han dado lugar a una discusión en el ámbito jurídico sobre la pertinencia o no del cambio de Código, sobre la base de una reforma estructural o un reemplazo total. Juristas notables de nuestro medio como Felipe Osterling, Fernando de Trazegnies, Manuel de La Puente, entre otros, se han pronunciado sobre este tema.

Evidentemente hay posiciones a favor y en contra de reformar el Código, pero lo sustancial es que está en entredicho su supervivencia. En abril de 2006, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, una separata especial conteniendo las **Propuestas de Reforma del Código Civil**, suscrita por los miembros de la Comisión responsable de elaborar las modificaciones, entre los que encontramos a juristas de renombre³⁸³, que han cedido a las tentaciones académicas de las que nos prevenía Mario Castillo Freyre³⁸⁴.

Hemos traído a colación este tema, como corolario de nuestro estudio, a fin de dar una idea de nuestra postura en torno a la reforma. Como ya hemos señalado, los Códigos no son una ley más, son cuerpos representativos de una ideología, de una elaboración concienzuda y analítica. La vida de estos Códigos no está ligada a la de sus autores, sino a la de sus intérpretes. Los jueces y los abogados son los primeros llamados a buscar el sentido y alcance de sus normas, a través del trabajo interpretativo, a través de la discusión, del debate, de la jurisprudencia. Nadie cree que nuestro Código sea perfecto, pero ninguno en el mundo lo es. Esta comparación nos motiva a buscar su permanencia en el tiempo, como signo de seriedad y de capacidad reflexiva. Inevitablemente nos vienen al pensamiento los Códigos Francés, Español y Alemán, que si bien es cierto no han subsistido invariables desde su nacimiento hasta nuestros días, tampoco han sido sustituidos cada vez que un nuevo

³⁸³ En la lista de los miembros de la Comisión se menciona a los Drs. Marcial Rubio Correa, Juan Espinoza Espinoza, Javier de Belaunde López de Romaña, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Enrique Varsi Rospigliosi, Augusto Ferrero Costa, Jorge Avendaño Valdez, Carlos Cárdenas Quiros, Hugo Forno Flórez, Manuel Reátegui Tomates y Delia Revoredo Marsano de Mur.

³⁸⁴ CASTILLO FREYRE, Mario. "Tentaciones Académicas". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1998. T. I. Pág. 201.

gobernante que quisiera inmortalizarse en la historia así lo decidiera; y miren que ha habido casos radicales, como la amenaza Nazi y el gobierno Franquista en España, sólo para citar un par de casos.

Es cierto que hay cambios que son necesarios, incluso pensamos que en temas tan trascendentales como los contratos o las obligaciones podrían haber cambios o ajustes en sus estructuras, pero no creemos que deba dejarse de lado un Código que ha sido elogiado por juristas extranjeros y que ha sido considerado de vanguardia. La adaptación a los cambios tecnológicos, sociales y económicos que el avance del tiempo nos trae, debe manifestarse no necesariamente a través de imposiciones normativas, sino a través de interpretaciones jurisprudenciales y de estudios doctrinarios.

Tampoco creemos en la crisis de la codificación, como sostiene una corriente doctrinaria, ya que si bien es cierto que en los últimos años en nuestra legislación se han producido una serie de leyes que norman figuras contractuales que no están en el Código Civil (p.ejm.: factoring, tarjeta de crédito) y también se han creado instituciones administrativas que intentan imitar modelos extranjeros para tratar de imponer una justicia administrativa prejudicial, debemos tener presente la idea de que el marco general normativo sobre el cual se apoyan estas nuevas normas es el Código. ¿Que sería de los abogados si cada ley no fuera congruente con el conjunto? Navegaríamos irremediabilmente en el mar de las dispersiones. Regresaríamos a la época colonial en la que sería necesaria una gran recopilación de leyes (como la de 1805), para juntarlas todas y difícil la tarea de conectarlas. Por ello, creemos

que aún queda mucho por decir en cuanto al Código y que no está cerca, ni por asomo, la época de la descodificación.

No obstante ello, tampoco podemos defender a ultranza la intangibilidad del Código. Como ya hemos señalado anteriormente, el Código Civil alemán, un cuerpo normativo de influencia global, ha sido objeto recientemente de una modernización, fundamentalmente, en los aspectos referidos a las obligaciones, mediante la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts). Dichas modificaciones permiten actualizar conceptos y precisar figuras que ya eran pacíficamente aceptadas por la doctrina y jurisprudencia desde la época en que Jhering planteó el debate. No hemos tocado en este trabajo todos los aspectos referidos a la reforma, sino simplemente los que estaban relacionados con nuestro propio tema de estudio.

En resumen, si bien es prudente optar por la permanencia en el tiempo de los Códigos, también es cierto que existen aspectos que merecen ser ajustados, sobre todo porque así lo exigen la realidad y la necesidad jurídica. Dicho esto, proponemos los siguientes ajustes legislativos al Código Civil:

Artículo 201.- *El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.*

La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del acto no lo ha comunicado a la otra parte está obligada a reparar el

daño que ésta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del acto.

Artículo 1361.- *Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la común intención de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo.

Artículo 1362.- *En el desarrollo de las negociaciones, la celebración y ejecución de los contratos, las partes deben comportarse según la buena fe y común intención de las partes.*

La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo, así como la negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causales que invaliden el contrato, obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que pueda haber sufrido la parte perjudicada.”

III.- CUADRO COMPARATIVO DE LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS

<i>Articulado vigente</i>	<i>Propuesta modificatoria</i>
<p>Artículo 201.- El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.</p>	<p>“Artículo 201.- El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.</p> <p>La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del acto no lo ha comunicado a la otra parte está obligada a reparar el daño que ésta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del acto.</p>
<p>Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.</p> <p>Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo.</p>	<p>Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.</p> <p>Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la común intención de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo.</p>
<p>Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.</p>	<p>Artículo 1362.- En el desarrollo de las negociaciones, la celebración y ejecución de los contratos, las partes deben comportarse según la buena fe y común intención de las partes.</p> <p>La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo, así como la negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causales que invaliden el contrato, obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que pueda haber sufrido la parte perjudicada.</p>

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, Manuel. "Compendio de Derecho Civil." Librería Bosch. Barcelona 1987.

ALBALADEJO, Manuel. "El Negocio Jurídico". Librería Bosch. Barcelona 1993.

ALPA, Guido. "Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil". Traducción del italiano por Leysser L. León. Jurista Editores Eirl. Lima 2006.

ALPA, Guido. "Responsabilidad Civil y Daños. Lineamientos y cuestiones." Traducción del italiano a cura de Juan Espinoza Espinoza. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2001.

ALTERINI, Atilio A. y LOPEZ CABANA, Roberto. "Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad" En la obra colectiva "Derecho de Daños y otros Estudios." Dirección a cargo de Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana. Editora La Ley. Buenos Aires 1992.

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José, LOPEZ CABANA, Roberto M. "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales". Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2004.

ANDORNO, Luis O. "Daño (e injusticia del daño)". En la obra colectiva "Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil". Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo I. Contratos: Parte General". Gaceta Jurídica Editores. Lima 1995.

ASUA GONZALEZ, Clara, HUALDE SANCHEZ, José Javier. "Codificación de la culpa in contrahendo en el Derecho alemán". Artículo publicado en la obra colectiva "Estudios en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo". Comité organizador Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montes Penadés, Antonio Manuel Morales Moreno, Fernando Pantaleón Prieto. Thompson Civitas. Madrid 2003.

ASUA GONZALEZ, Clara. "La culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)." Universidad del País Vasco. Ribera de Erandio 1989.

ASUA GONZALEZ. Clara I. "La Responsabilidad". En "Manual de Derecho Civil". Lluís Puig Ferriol, María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez, José Javier Hualde Sánchez. Marcial Pons Editores. Barcelona 2000.

BATTISTA FERRI, Giovanni. “El Negocio Jurídico.” Traducción del italiano por Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2002.

BETI, Emilio. “Interpretación de la Ley y de los actos Jurídicos”. Traducción del italiano por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1975.

BETTI, Emilio. “Teoría General de las Obligaciones.” Traducción del italiano por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1969.

BETTI, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Traducción del italiano por A. Martín Pérez. Editorial Comares SRL. Granada 2000.

BIANCA, Césare Máximo. “¿Son no contractuales los contratos en masa?” Artículo publicado en “Estudios sobre el Contrato en General” Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942 – 2002) Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2003.

BIANCA, Cesare Máximo. “Se regresa a hablar de daño injusto.” En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006.

BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, BUSNELLI, Francesco D., NATOLI, Ugo. “Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos.” Universidad Externado de Colombia. T. I. Vol.2. Bogotá 1995.

BORDA, Alejandro. “La Contratación en Masa” en “Contratación Privada”. Carlos Soto Coaguila y Roxana Jiménez Vargas-Machuca, coordinadores. Jurista Editores. Lima 2002.

BORDA, Guillermo A. “Comportamiento Contractual de Mala Fe”. Artículo publicado en la obra colectiva “La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg.” Directores Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1995.

BORDA, Guillermo A. “Manual de Contratos.” Editorial Perrot. Buenos Aires 1989.

BORDA, Guillermo A. “Manual de Obligaciones.” Editorial Lexis Nexis – Abeledo Perrot. Undécima edición actualizada. Buenos Aires 2003.

BORDA, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1969.

BREBBIA, Roberto. “Responsabilidad Precontractual.” Ediciones La Roca. Buenos Aires 1987.

BULLARD, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La Teoría del Incumplimiento Eficiente.”. En “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales.” Palestra Editores. Lima 2003.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Teoría General de la Responsabilidad Civil.”. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1986.

BUSTO LAGO, José Manuel. “La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual.” Editorial Tecnos. Madrid 1998.

CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual.” Bibliográfica Omeba Editores. Buenos Aires. Cuarta Edición. T. III.

CARNELUTTI, Francesco. “Teoría General del Derecho.” Traducción del italiano por Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1955.

CASTILLO FREYRE, Mario, MARTÍN HORNA, Pierre. “Tratado de la Teoría General de los Contratos. La plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea.” Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol XX. T I. Lima 2002

CASTILLO FREYRE, Mario. “Tentaciones Académicas”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. T. I. Lima 1998.

CIFUENTES, Santos. “Negocio Jurídico”. Editorial Astrea. Buenos Aires 1986.

DE ANGEL YAGUES, Ricardo. “Tratado de Responsabilidad Civil.” Editorial Civitas SA Madrid 1993.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “El Negocio Jurídico.” Editorial Civitas. Madrid 1997.

DE CUPIS, Adriano. “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Traducción a la segunda edición italiana por Angel Martínez Sarrión. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1975.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General”. Palestra Editores. Lima 2003.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Estudios del Contrato Privado.” Cultural Cuzco S.a. Editores. Lima 1983.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Influencia del Código Civil Italiano en los libros de las obligaciones y contratos en la codificación peruana”. Artículo publicado en “Estudios sobre el Contrato en General” Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942 – 2002) Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2003.

DE LORENZO, Miguel Federico. “El daño injusto en la responsabilidad civil.” Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.

DE LOS MOZOS, José Luis. “Responsabilidad Contractual.” En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006.

DE RUGGIERO, Roberto. “Instituciones de Derecho Civil.”. Traducción del italiano por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro. Instituto Editorial Reus. Madrid 1944.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual en la historia del Derecho Peruano.” En Themis – Revista de Derecho N° 50. Lima 2005.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual” Tomo I. En la colección Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Séptima Edición. Fondo Editorial de la PUCP. Lima 2003.

DIEZ – PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.” Editorial Civitas. Quinta Edición. Madrid 1996.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Derecho de Daños.” Editorial Civitas. Madrid 2000.

DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. “Sistema de Derecho Civil.” Editorial Tecnos. Séptima edición. Madrid 1995.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, y WOLF, Martin. “Tratado de Derecho Civil.” Traducción de la 39ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alger. Editorial Bosch. Barcelona 1950.

ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (el caso del artículo 207 del Código Civil peruano).” Artículo publicado en Themis – Revista de Derecho. Segunda Epoca N° 49. Lima 2005.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de Responsabilidad Civil.” Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2002.

ESTEVILL, Luis Pascual. “Derecho de Daños”. Editorial Bosch. Barcelona 1995.

FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law).” En “Estudios sobre la responsabilidad Civil”. Ara Editores. Lima 2001.

FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias.” En la obra colectiva “Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova”. Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez, Directores. Editora Jurídica Grijley. Lima 2004.

FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “Imputabilidad en la Inejecución de las Obligaciones.” En la obra colectiva. “Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Obligaciones”. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo 2004.

FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano”. Artículo publicado en “Estudios sobre el Contrato en General” Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942 – 2002) Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2003.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Abuso del Derecho.” Editora Jurídica Grijley. Lima 1999.

FERRI, Luigi. “Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil.” Traducción de Nevar Carreteros Torres. Editorial Grijley. Lima 2004.

GALGANO, Francesco. “El Negocio Jurídico”. Traducción del italiano por Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant Lo Blanch. Valencia 1992.

GETE ALONSO, María del Carmen. “Formación Irregular del Contrato.” En “Manual de Derecho Civil.” Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Tercera Edición. Madrid 2000.

GIORGIANNI, Michele. “La Obligación. La parte general de las obligaciones.” Traducción del italiano por Evelio Verdura y Tuellis. Editorial Bosch. Barcelona 1958.

HARO SEIJAS, Juan José. “¿Podría Usted no hacer negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. Advocatus – Revista de Derecho. Número 7. Lima 2002.

IRTI, Natalino. “El intercambio de pañoletas. (Réplica semi-seria al profesor Massimo Bianca.” Artículo publicado en “Estudios sobre el Contrato en General” Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942 – 2002) Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2003.

IRTI, Natalino. “Es verdad, pero... (Réplica a Giorgio Oppo).” Traducción de Rómulo Morales Hervias y Nélvor Carreteros. Artículo publicado en “Ius et Veritas” Nº 26, Revista de Derecho. Lima 2003.

IRTI, Natalino. “Intercambios sin Acuerdo.” Traducción de Rómulo Morales Hervias y Nélvor Carreteros Torres. Artículo publicado en “Ius et Veritas Nº 24.” Revista de Derecho. Lima 2002.

JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. “La unidad del principio general de la Buena Fe y su trascendencia en el Derecho Moderno”. Artículo publicado en “Contratación Privada”. Carlos Alberto Soto Coaguila y Roxana Jiménez Vargas Machuca – Coordinadores. Jurista Editores. Lima 2002.

LE TOURNEAU, Philippe. “La responsabilidad.” Traducción del francés de Javier Tamayo Jaramillo. Legis Editores S.A. Bogotá 2004.

LEON HILARIO, Leysser L. “El sentido de la Codificación Civil”. Leysser L. León. Palestra Editores. Lima 2004.

LEON HILARIO, Leysser L. “El sentido de la codificación civil. Estudio sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano”. Palestra Editores. Lima 2004.

LEON HILARIO, Leysser L. “La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y perspectivas.” Jurista Editores. Segunda Edición Lima 2007.

LEON HILARIO, Leysser L. “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1,362º del Código Civil Peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual.” En Themis – Revista de Derecho. Segunda Epoca N° 49. Lima 2005.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. “Manual de Derecho Civil. Obligaciones”. Editorial Perrot. Décima edición actualizada. Buenos Aires. 1993.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “El Negocio Jurídico.” Editora Jurídica Grijley. Lima 1994.

MEDINA ALCOZ, María. “Responsabilidad Precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares”. Forum Casa Editorial. Lima 2006.

MESSINEO, Francesco. “Doctrina General del Contrato.” Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1986.

MONATERI, Pier Giuseppe. “La Responsabilidad Precontractual en el Ordenamiento Jurídico Italiano”. Artículo publicado en la obra colectiva “Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942 – 2002).” Traducción del italiano por Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2003.

MORALES HERVIAS, Rómulo. “Estudios sobre Teoría General del Contrato.” Editora Jurídica Grijley. Lima 2006.

OPPO, Giorgio. “¿La deshumanización del contrato?” Traducción de Rómulo Morales Hervias y Nélvor Carreteros Torres. Artículo publicado en “Ius et Veritas” N° 25. Revista de Derecho. Lima 2002.

OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario. "Tratado de las Obligaciones". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI. T. X. Lima 2001.

OSTERLING PARODI, Felipe. "Las Obligaciones". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. "Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. VI." Tercera Edición. Lima 2001.

PALACIO PIMENTEL, Gustavo. "Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano". Editorial Huallaga. Cuarta Edición. Lima 2002.

PEIRANO FACIO, Jorge. "Responsabilidad Extracontractual." Editorial Temis. Bogotá 1981.

PEREZ GALLARDO, Leonardo B. "Comentario al Artículo 1,362º" en la obra colectiva "Código Civil. Comentado". Gaceta Jurídica. Lima 2007.

PIETROBON, Vittorino. "El error en la doctrina del negocio jurídico." Traducción del italiano por Mariano Alonso Pérez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1971.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. "Derecho Civil." Traducción de Leonel Pereznieta Castro. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México 1996.

PUIG BRUTAU, José. "Introducción al Derecho Civil". Editorial Bosch. Barcelona 1981.

RODOTA, Stefano. "Modelos y Funciones de la Responsabilidad Civil." Artículo publicado en Themis Nº 50. Revista de Derecho editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2005.

RODRÍGUEZ M., Cuiñas "Responsabilidad precontractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma". Revista La Ley. Buenos Aires 1995.

RUBIO CORREA, Marcial. "El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho." Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Octava Edición Lima 2002.

SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. "La responsabilidad precontractual en debate". En Ius et Veritas - Revista de Derecho. Nº 31. Lima 2005.

SCHIPANI, Sandro. "El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad". Artículo publicado en la obra colectiva "La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldemberg." Directores Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1995.

SCONAMIGLIO, Renato. "Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico". Traducción del italiano por Leysser L. León. Editora Jurídica Grijley. Lima 2004.

SCONAMIGLIO, Renato. "Teoría General del Contrato." Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1996.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "Contratación Contemporánea". Palestra Editores, Lima - Editorial Temis S.A., Bogotá 2000.

SOZZO, Gonzalo. "Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual." Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires 2005.

STIGLITZ, Gabriel A. "La Responsabilidad Precontractual en las Relaciones de Consumo." Artículo publicado en la obra colectiva "La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg." Directores Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1995.

STOLFI, Giuseppe. "Teoría del Negocio Jurídico". Traducción del italiano por Jaime Santos Briz. Editorial Revisa de Derecho Privado. Madrid 1959.

TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato." Editora Jurídica Grijley. Lima 2002.

TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Elementos de la Responsabilidad Civil". Editora Jurídica Grijley Lima 2001.

TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Nulidad del Acto Jurídico." Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima 2002.

TRABUCCHI, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil". Traducción del italiano por Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1966.

VALLESPINOS, Carlos G. "Las condiciones generales de los contratos". En "Contratos. Libro homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe." Directores de la obra Félix A. Trigo Represeas y Rubén S. Stiglitz. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 1989.

VEGA MERE, Yuri. En la obra colectiva. "Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Obligaciones". Editorial Gaceta Jurídica. Tomo VI. Lima 2004.

VIDAL RAMIREZ, Fernando. "Los sistemas de responsabilidad Extracontractual y la codificación civil peruana". En la obra colectiva "Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova". Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez, Directores. Editora Jurídica Grijley. Lima 2004.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El Acto Jurídico.” Gaceta Jurídica Editores. Cuarta Edición. Lima 1998.

VIDAL RAMIREZ, Fernando. “La Responsabilidad Civil.”. En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006.

VIDAL RAMIREZ, Fernando. “Prescripción extintiva y caducidad.” Gaceta Jurídica. Lima 2006.

VISINTINI, Giovanna. “La Responsabilidad Civil Entre Presente y Futuro.” En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006.

VISINTINI, Giovanna. “Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil.” Traducción del italiano por Leysser L. León. Ara Editores. Lima 2002.

VON THUR, Andreas. “Tratado de las Obligaciones”. Traducción del alemán por W. Roces. Editorial Reus S.A. Madrid. 1934.

ZANNONI, Eduardo A. “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos.” Editorial Astrea. Buenos Aires 1986.