



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

---

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL  
DERECHO DE CONTRATOS EN EL CODIGO CIVIL  
PERUANO Y DERECHO COMPARADO**

**Tesis para optar el grado de Maestro**

**en Derecho**

**Mención Derecho Civil y Comercial**

**YUL ALEXANDER NEIRE ROBLES**

**Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz – Perú

2016

Nº. Registro: T0504

## MIEMBROS DEL JURADO

*Doctor*      Efraín Flores Leiva      Presidente

---

*Doctor*      Ricardo Robinson Sánchez Espinoza      Secretario

---

*Doctor*      Luis Wilfredo Robles Trejo      Vocal

---

**ASESOR**

**Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo**

## **AGRADECIMIENTO**

*A Dios,  
por bendecirme para llegar hasta donde he  
llegado, porque hiciste realidad este sueño.*

*A la Escuela de Postgrado de  
la UNASAM, por darme la oportunidad de  
concretar un anhelo persona y profesional.*

*A los docentes de la EPG-UNASAM,  
por sus enseñanzas y conocimientos  
compartidos.*

*A mi asesor de Tesis,  
por su rectitud en su profesión como docente,  
por sus consejos y dirección que me  
ayudaron a formarme como persona e  
investigador.*

## **DEDICATORIA**

*A mi familia, que sin su apoyo, colaboración, paciencia y cariño habría sido imposible llevar acabo esta dura empresa. Y en especial a mi Madre, por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, por ella soy lo que soy.*

## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
<b>Resumen</b> .....	Viii
<b>Abstract</b> .....	ix
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	1-6
Objetivos .....	5
Formulación de hipótesis .....	5
Variables .....	6
<b>II. MARCO TEÓRICO</b> .....	7-36
2.1. Antecedentes .....	7
2.2. Bases teóricas .....	8
2.2.1. El Proceso Civil .....	8
2.2.2. El Debido Proceso .....	11
2.2.3. El Derecho de Acción .....	13
2.2.4. La Tutela Jurisdiccional Efectiva .....	16
2.2.5. La Responsabilidad Civil .....	17
2.2.6. La responsabilidad precontractual .....	26
2.3. Definición de términos .....	33
<b>III. METODOLOGÍA</b> .....	37-42
3.1. Tipo y diseño de investigación .....	37

3.2. Plan de recolección de la información de la investigación .....	38
3.3. Instrumento(s) de recolección de datos .....	40
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información .....	40
<b>IV. RESULTADOS .....</b>	<b>43-97</b>
4.1. Resultados doctrinarios sobre la responsabilidad precontractual.....	43
4.2. Resultados normativos: La responsabilidad precontractual en el Derecho Comparado.....	95
<b>V. DISCUSIÓN.....</b>	<b>98-171</b>
5.1. La responsabilidad civil.....	98
5.2. La responsabilidad precontractual.....	107
5.3. Incumplimiento de la oferta y de los contratos preparatorios .....	113
5.4. Función de la culpa in contrahendo.....	127
<b>VI. CONCLUSIONES .....</b>	<b>172-174</b>
<b>VII. RECOMENDACIONES.....</b>	<b>175-176</b>
<b>VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>177-184</b>

## RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad analizar y evaluar la situación de la responsabilidad precontractual en el derecho de contratos en el código civil peruano y el derecho comparado; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático y por su naturaleza fue cualitativa; se empleó la técnica documental, análisis de contenido, teoría de triangulación de teorías y la argumentación jurídica; cuyos instrumentos fueron: las fichas textuales, resumen y comentario, la técnica de análisis de contenido, y para recoger los datos empíricos se empleó la técnica de la encuesta a través del cuestionario. Para el procesamiento de la información se utilizó el enfoque cuantitativo para los datos empíricos, empleando la estadística descriptiva simple; y para el procesamiento de los datos teóricos se empleó el análisis cualitativo. Finalmente, la información obtenida sirvió para validar la hipótesis en base la teoría de la argumentación jurídica.

De los resultados obtenidos se tienen las siguientes conclusiones: El “consentimiento” puede ser el resultado de un acuerdo instantáneo, o bien puede constituir la culminación de una serie de actos preparatorios; el problema de la responsabilidad precontractual se presenta en la etapa previa al nacimiento del contrato, donde pueden surgir dificultades o desavenencias entre los interesados en concretar el contrato; y es factible demandar la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad pre contractual, siendo el el artículo 1362° del Código Civil el fundamento jurídico legal para justificar la existencia de esta responsabilidad.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad precontractual, Responsabilidad civil, Derecho de contratos, Derecho Civil.

## **ABSTRACT**

The present investigation had the purpose of analyzing and evaluating the situation of the precontractual responsibility in the contract law in the Peruvian civil code and the comparative law; For which a dogmatic legal investigation was carried out and by its nature was qualitative; Documentary technique, content analysis, theory of triangulation of theories and legal argumentation were used. Whose tools were: the textual files, summary and commentary, the technique of content analysis, and to collect the empirical data was used the technique of the survey through the questionnaire. For the information processing, the quantitative approach was used for empirical data, using simple descriptive statistics; and the qualitative analysis was used for the processing of the theoretical data. Finally, the information obtained served to validate the hypothesis based on the theory of legal argumentation.

The following conclusions are drawn from the results: "consent" may be the result of an instant agreement, or it may be the culmination of a series of preparatory acts; The problem of pre-contractual liability is presented in the stage prior to the birth of the contract, where difficulties or disagreements may arise between those interested in specifying the contract; And it is feasible to claim damages for pre-contractual liability, and Article 1362 of the Civil Code is the legal basis to justify the existence of this responsibility.

**KEY WORDS:** Pre-contractual liability, Civil liability, Contract law, Civil law.

## I. INTRODUCCIÓN

Actualmente los enfoques que se le han dado a esta responsabilidad no han sido pocos y cada uno varía dependiendo de los fundamentos y principios en los que se han hecho descansar, por una parte, y por otra, de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad para efectos de su procedencia. Así, el derecho alemán es el que más lejos ha llegado con esta responsabilidad de tipo precontractual, llegando al postulado de sostener que cualquier acercamiento de carácter negocial hace surgir una relación jurídica especial entre las partes. Ya no casi no se discute aquí que los hechos precontractuales son de carácter jurídico y no meramente social.

Por ello, la preocupación doctrinal por la etapa que precede a la celebración propiamente dicha de un contrato, ha experimentado en los últimos años un incremento notable, del cual no es ajeno nuestra realidad. No debe extrañar pues que los nuevos parámetros obliguen a someter a revisión y análisis la figura de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, que tanto ha dado de sí en algunos ordenamientos jurídicos, principalmente el alemán. De lo cual, si bien doctrinariamente destacadísimos autores nacionales como los maestros Leysser L. León, Renzo Saavedra Velazco, José Juan Haro Seijas, entre otros, han desarrollado esta no tan novísima figura jurídica del derecho privado; sin embargo, el problema radica en las escasas referencias jurisprudenciales notorias con ésta institución.

Es así como es legítimo y pertinente el desarrollo de la responsabilidad precontractual, más aún cuando hoy doctrina lo aborda y justifica su existencia y utilidad. Los fundamentos, procedencia, principios en los que se inspira y su campo de aplicación han sido objeto de muchas teorías.

Sin embargo, es el concepto de buena fe el que la ha fundamentado en forma menos controvertida y que impone que lo que debe guiar las relaciones precontractuales y contractuales es una conducta, leal, correcta y honrada. Sin embargo, podemos decir que la buena fe juega además un rol social al no quedar subsumida solamente en lo que toca al derecho de los contratos, motivo por el cual se le ha considerado un principio general de derecho.

Al respecto, hay que tener presente aquella inveterada práctica de nuestros jueces, según la cual, lo determinante para decidir si una demanda es fundada o no resulta ser, exclusivamente, la existencia de una norma legal que sirva de sustento a la pretensión. A una manera de ver las cosas así de equivocada se debe justamente, y entre otras consecuencias, la inexistencia o rareza de precedentes judiciales peruanos relativos a instituciones jurídicas que – como la responsabilidad precontractual – han dado lugar a importantes investigaciones monográficas en otros ordenamientos, algunas de las cuales han llegado a ser bien conocidas en nuestro medio.

La responsabilidad precontractual se encuentra dentro del Libro VII – Fuentes de las Obligaciones, de nuestro Código Civil. Esta figura del derecho privado regida por el principio de la Libertad de contratar o no, es atenuado, por la obligación de buena fe que recae en las partes durante la fase preparatoria, y que obliga a la parte que trunca las tratativas de manera injustificada, a indemnizar por los daños y perjuicios que ocasione, u obligar a que se suscriba el contrato que viene siendo negociado.

Para nadie resulta ser descocido que la ciudad de Huaraz en los 15 años ha experimentado una creciente transformación de sus relaciones comerciales (contractuales); lo cual, y como no resulta extraño, ha traído como consecuencia inevitable que en algunos casos, las tratativas o negociaciones previas a la celebración del contrato hayan quedado interrumpidas por el apartamiento de una las partes tratantes, contraviniendo el deber de fe, dando nacimiento a una obligación de resarcir los posibles daños originados a la parte que resulta perjudicada.

Dentro de este contexto, y dado que la doctrina de la responsabilidad precontractual carece de referencias jurisprudenciales, la presente investigación de enfocará a determinar cómo los magistrados de los Juzgados Mixtos y de Paz Letrado de la Provincia de Huaraz, aplican los fundamentos doctrinales de la responsabilidad precontractual, si existe un real conocimiento sobre sus alcances e implicancias, o es que dicha figura jurídica se suele confundir con las pretensiones tendientes a indemnizar vía la responsabilidad extracontractual, conforme ha sido advertido por muchos tratadistas, quienes la han señalado como una las posibles causas de la escasa jurisprudencia sobre responsabilidad precontractual, descociendo el valor indiscutido del artículo 1362° del Código Civil.

O es que, en muchos casos los afectados con la abrupta ruptura de negociaciones, plantean a través de sus abogados demandas de responsabilidad extracontractual, cuando al daño padecido y reclamo le corresponde las reglas de la responsabilidad precontractual.

En ese sentido, el trabajo de investigación se encuentra estructurado, de la

siguiente manera:

El marco teórico, que comprende el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justifican nuestro problema de investigación y por otro lado dan sustento al trabajo de investigación en general. Se han desarrollado los fundamentos teóricos doctrinales sobre la prueba, el proceso penal, el debido proceso, legitimidad de las pruebas, Estado Constitucional, garantismo procesal. Asimismo, la metodología, que involucra: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de campo, como son el análisis de las resoluciones judiciales.

Seguidamente, los resultados, en donde a fin de conocer la opinión de los operadores jurídicos y abogados se aplicó una encuesta con la finalidad de conocer sus punto de vista respecto al problema de investigación planteado, y de esa forma determinar los problemas tanto a nivel empírico como dogmático. Luego se procedió a la discusión, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, si las bases teóricas, concuerdan o no con la realidad o aspecto práctico; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente. Se incluye, finalmente, las conclusiones al que se han arribado en el proceso de la presente investigación, las recomendaciones del caso, y las referencias bibliográficas citadas y consultadas en el proceso de investigación.

## **1.1. Objetivos de investigación**

### **Objetivo general**

Analizar el tratamiento dogmático y normativo de la responsabilidad precontractual en el derecho de contratos en el Código Civil peruano y el derecho comparado.

### **Objetivos específicos**

- a) Determinar los alcances del tratamiento normativo vigente de la responsabilidad precontractual y el derecho de contratos en el código civil peruano.
- b) Describir los fundamentos jurídicos para el establecimiento y creación de la responsabilidad precontractual.
- c) Explicar los principios y fundamentos de la responsabilidad precontractual aplicados a nuestro derecho de contratos a la luz de los criterios dados por la doctrina.

## **1.2. Formulación de hipótesis<sup>1</sup>**

Existe un insuficiente tratamiento normativo de la responsabilidad precontractual en el derecho de contratos en el Código Civil peruano, obviando el deber de observar una conducta mucho más compleja que la simple precaución sustentada en el *neminem laedere*; y se exige, como deber de las

---

<sup>1</sup> Las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son “opcionales”, y si se plantean son solo descriptivas, así mismo que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables, siendo simplemente enunciativas. ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2000, p. 239.

partes, comportarse según los cánones de la buena fe y lealtad para con la parte contraria, por lo que 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.

### **1.3. Variables**

- **Variable Independiente (X):**

Responsabilidad precontractual

- **Variable Dependiente (Y):**

Derecho de contratos.

## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes de la investigación

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica de la propiedad.

A nivel nacional se ha podido encontrar la tesis perteneciente a Luis Fernando Ojeda Guillén (2012), titulado: “La Culpa In Contrahendo y la Responsabilidad Precontractual en el Código Civil”, trabajo de investigación para optar el grado académico maestría en derecho con mención en Derecho Civil en la Escuela de Graduados de Pontificia Universidad Católica del Perú, donde el autor concluye que: 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 y que 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.

A nivel mundial Gustavo Adolfo Gutiérrez Quidel (2008), la tesis titulada: “La Responsabilidad Precontractual y su incidencia en el Derecho del Consumidor”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, donde concluye que existen muchos enfoques o perspectivas desde las cuales se pueden encuadrar los supuestos de responsabilidad precontractual. La que se encuadra de mejor forma en el derecho del consumidor, es la que se centra en la defraudación de la confianza legítima del consumidor en contratar, con lo cual se infringe la buena fe y los deberes y principios precontractuales propios del derecho del consumo; y que si bien no todos los deberes precontractuales generan efectivamente responsabilidad precontractual, al incidir la información precontractual y otros principios del derecho del consumidor en su consentimiento, se da el supuesto de culpa in contrahendo cuando no se contrata o el contrato es anulado, el cual se rige por las reglas de la responsabilidad precontractual.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. El Proceso Civil**

Es sabido que entre los hombres en sociedad, surgen conflictos intersubjetivos, pretensiones de algunos que no son aceptados por otros, sino resistidas, lo cual genera controversia. En este panorama, es el derecho el llamado a hacerle frente al conflicto de interés y buscar componer estas controversias de manera pacífica, sometiendo a las partes a un proceso con reglas preestablecidas en la cual obtendrán un pronunciamiento con arreglo a ley.

Siguiendo la concepción planteada por el maestro italiano José Chiovenda<sup>2</sup>: Para la consecución o para el mejor goce de un bien garantizado por la ley necesitase la actuación de ésta mediante los órganos del Estado, esto da luz al proceso civil, así como el proceso penal aparece en el campo en que es afirmada la necesidad de una actividad punitiva del Estado. Concíbese también una organización política en la que se confiera a los individuos proveer con sus fuerza propias, sea a la propia conservación sea realizar sus naturales tendencias a los bienes de la vida contra los demás hombres.

Pero también en los pueblos primitivos el poder público intervine en esta lucha para regular sus formas exteriores o para declarar si los bienes a que aspira el iniciador de la lucha le son debidos. La contenida material deviene en contienda jurídica. Abundan en los procesos antiguos las formas simbólicas que recuerdan las luchas materiales y encontramos, tanto en el famoso decreto Marco Aurelio, como en leyes antiquísimas. En cuanto a las nuestras, castigan lo que vulgarmente se llama “tomar justicia por la mano”.

El Estado moderno, pues, considera como función esencial y propia del juez la administración de justicia. Sólo él puede aplicar la ley al caso concreto, y éste poder llamase “jurisdicción”. A esto atiende con órganos adecuados (jurisdiccionales) los más importantes de los cuales son los jueces (autoridad judicial), ante ellos debe formular su demanda quien desee hacer valer en juicio un

---

<sup>2</sup> CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. T. I. Madrid: Reus, 1922, p. 81.

derecho. Deber de los jueces es afirmar y actuar la voluntad de la ley que consideren existente como voluntad concreta, dados los hechos que ellos estimen existentes.

La relación contraria que la historia ofrece entre el desarrollo de los organismos jurisdiccionales y la importancia de la autodefensa no debe hacernos pensar en una especie de contrato entre los poderes públicos y el particular, en virtud del cual esta renuncia a su libertad de reacción contra la perturbación jurídica para que el Estado asuma en correspondencia su defensa. Ni siquiera debe creerse que la defensa jurídica que el particular realiza por si sea la misma que la que tiene lugar en el proceso. Puede ser igual el resultado económico, pero ambas cosas son muy diferentes. En el desarrollan una función pública y esta es la *actuación de la ley*, o sea, del derecho en sentido objetivó.

*Este es el fin del proceso, no la defensa de los derechos subjetivos como muchos afirman.* En primer lugar, no siempre se encontraría en el proceso el derecho subjetivo a defender, por ejemplo, cuando la sentencia rechaza la demanda; pero, además, si el derecho subjetivo no es sino la expectación de un bien garantizada por el Estado; el titular del derecho que se dirige al Estado, no pide una cosa que afirma tener, ya la garantía de su expectación, sino la actuación de esta garantía que es la ley

En nuestra organización es regla general que en el proceso civil pueda pedirse la actuación de cualquier ley que garantice un bien, sea frente a los particulares o al Estado. En otras leyes pertenecen al proceso civil las contiendas de derecho privado y a la jurisdicción administrativa la de derecho público. Como también en Italia existen jurisdicciones especiales ya de derecho público ya privado, debiendo

señalar los límites del proceso civil, no podemos nosotros tener en cuenta la materia, sino solo, los órganos que en él intervienen, considerándolo como el campo de actividad de la jurisdicción ordinaria. *El proceso civil es el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respeto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria.*

Ahora bien, dentro del proceso civil, la relación jurídica procesal aparece desde que una persona (demandante) haciendo uso de su derecho de acción, recurre ante el órgano jurisdiccional demandando o solicitando se le atiendan sus pretensiones, las mismas que las dirige contra una determinada persona (demandado) al cual ha identificado previamente; quedando con ello determinado las partes que actuarán en el proceso, correspondiendo sólo al Juez resolver el conflicto de interés que se le plantea.

### **2.2.2. El Debido Proceso**

Según las diversas fuentes que desarrollan el tema, parece ser que el origen de la expresión “debido proceso”, estuvo en la Carta Magna expedida por el Rey de Inglaterra Juan Sin Tierra el año 1215, la cual en su párrafo 39 habló del *law of the land*, aplicable a todos los hombres.

Posteriormente, dicha Carta Magna, al ser reexpedida por el Rey Eduardo III en el año de 1354, incluyó la expresión inglesa *due process of law*, traducida al

castellano como debido proceso legal, o simplemente debido proceso<sup>3</sup>. La noción de debido proceso hace mención, desde sus orígenes, a diversas garantías que el ordenamiento legal debe reconocer a una persona durante un proceso y frente a la autoridad estatal que lo dirige. Y con el transcurrir del tiempo, dicha noción inicial ha evolucionado notablemente, siendo precisadas muchas de las garantías que lo componen. Hoy, puede decirse que el debido proceso es el cumplimiento de todas las garantías y todas las normas de orden público que deben aplicarse en el caso de que se trate. El debido proceso consiste en llevar un proceso de acuerdo a derecho.

El debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción) es un derecho humano o fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, pues el Estado no solo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también humano, de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un concepto más amplio que el de debido proceso, no obstante que ambo se refieren a derechos fundamentales de toda persona. Desde que se reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional antes

---

<sup>3</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara Editores, 2001, p. 182.

del proceso y durante el proceso, ello significa que el debido proceso solamente tiene lugar durante el mismo y con sus elementos o facetas que luego analizaremos. En sentido estricto el debido proceso no comprende el acceso a la justicia (derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso) ni el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, pues todos estos aspectos están comprendidos dentro del derecho genérico a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>4</sup>.

La idea de garantía procesal del debido proceso ha sido reconocida mediante su incorporación en varios documentos internacionales y en las constituciones de diversos países. A nivel internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, ha recogido el derecho al debido proceso en el numeral 1 de su artículo 8; lo mismo hizo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente desde el 23 de marzo de 1976 lo consagra en el numeral 1 de su artículo 14. En nuestro caso, la Constitución Política de 1993 lo consagra en el inciso 3 de su artículo 139°; lo cual permite, entre otras cosas, establecerlo con carácter absoluto para cualquier proceso o procedimiento y ante cualquier persona o autoridad, sin que ninguna autoridad pueda invocar que no se encuentra sujeta al mismo.

El desarrollo que ha experimentado ha hecho que la doctrina identifique una subdivisión en su interior. Así cabe hacer la distinción entre *debido proceso sustantivo* y *debido proceso formal o procesal*. El primer de ellos se relaciona con los estándares de justicia, como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda

---

<sup>4</sup> TICOMA POSTIGO, Víctor. *El Derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil*. Lima: Grijley, 2009, p. 64.

decisión judicial debe suponer, de un órgano jurisdiccional competente, responsable e independiente; mientras que en el *debido proceso formal o procesal* los principios y reglas que lo integran tiene que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación, esto es, exige al juzgador un mínimo de garantías para un juzgamiento imparcial, que sea razonable en el desenvolvimiento y actuación dentro del proceso.

### **2.2.3. El Derecho de Acción**

El derecho de acción, según dice Juan Monroy Gálvez<sup>5</sup>, no tiene naturaleza puramente procesal. Si bien esta es su expresión concreta, se trata de un derecho tan estrechamente vinculado al ser de un sujeto de derechos, que su naturaleza es constitucional. El derecho de acción forma parte del elenco de derechos que son configurativos de los derechos humanos básicos. A pesar de su trascendencia, el derecho de acción ha sido – y creemos que no ha dejado de serlo – uno de los conceptos más difíciles y complicados de ser definidos en la historia del derecho contemporáneo. Existe una frase muy conocida de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo que ilustra, con claridad insuperable, la complejidad del concepto *acción*: “La jurisdicción se sabe qué es, pero no se sabe dónde está; el proceso se sabe dónde está, pero no se sabe qué es; la acción no se sabe qué es ni dónde está”

El derecho de acción puede ser entendida desde las siguientes acepciones: *i) como sinónimo de derecho*, cuando se hace alusión a que el actor carece de acción,

---

<sup>5</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. T. I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996, pp. 249-250.

es decir, de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar; *ii) como sinónimo de pretensión*: es el sentido más usual del vocablo, ya que se habla de acción fundada, acción infundada, acción civil, acción penal entre otros. En estos vocablos la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda; y *iii) como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción*, se habla de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal y nombre del cual es posible acudir ante el órgano jurisdiccional en demanda de amparo de una pretensión.

Según el maestro italiano José Chiovenda<sup>6</sup>, el derecho de acción forma parte de lo que él denominada “derechos potestativos”. La acción es inherente a la idea de derecho, no en el sentido de que para tener un derecho se deba poder actuarlo efectivamente, sino en el de aquel tiene que actuarse mediante todas las fuerza que de hecho se encuentran a su disposición. *La acción es el poder jurídico (porre in essere) a la condición para la actuación de la voluntad de la Ley. La acción es un poder que corresponde frente al adversario respecto del que se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a nada ante este poder, solamente está sujeto a él, la acción desaparece con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirlo, ni para satisfacerla.*

De lo antes señalado podemos establecer que, el derecho de acción o simplemente la acción, es el poder jurídico de hacer valer una pretensión ante el órgano jurisdiccional. Es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere

---

<sup>6</sup> CHIOVENDA, José. Ob. Cit., pp. 57 y ss.

la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión con relevancia jurídica.

#### **2.2.4. La Tutela Jurisdiccional Efectiva**

La siempre denominada en los pasillos judiciales “tutela jurisdiccional efectiva”, originada en la Europa continental, está circunscrita a los procesos jurisdiccionales. Y así también lo señalado nuestro Tribunal Constitucional al sentenciar el expediente N° 200-2002-AA/TC<sup>7</sup>, cuando, luego de conceptualizar el debido proceso, señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es su expresión en sede judicial.

La tutela jurisdiccional ha sido recogida por el inciso 3 del artículo 139° de nuestra Constitución Política, así como el Artículo I del Título Premilitar del Código Procesal Civil que señala: *Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción al debido proceso.*

La jurisdicción es un poder, pero también un deber. Esto último es así porque el Estado no puede sustraerse a su cumplimiento. Basta que un sujeto de derecho lo solicite o exija, para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica<sup>8</sup>.

La tutela jurisdiccional implica la existencia de un proceso judicial rodeado de garantías efectivas para las partes involucradas en él. Ello lleva a la posibilidad concreta y real de someter un derecho en disputa a la decisión del órgano judicial,

---

<sup>7</sup> STC Exp. N° 200-2002-AA/TC.

<sup>8</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. Cit., p. 245.

para que sea dirimido con celeridad, idoneidad y moralidad, esto es, para que se pueda hacer realidad el derecho material en un caso particular y específico.

Podemos considerar que la tutela jurisdiccional es efectiva, cuando el proceso judicial logra sus fines. A propósito de los fines del proceso, estos regularmente se expresan como el resultado obtenido luego de que esta ha concluido. Sin embargo, el proceso cumple una función social de refuerzo y prevención de la eficacia y vigencia del sistema jurídico.<sup>9</sup>

### **2.2.5. La Responsabilidad Civil**

#### **a. Antecedentes Históricos**

En el estado actual de la evolución de la historia del hombre la responsabilidad civil y responsabilidad penal se han separado en casi todos los sistemas jurídicos del mundo. En los primeros tiempos de la humanidad no puede hablarse de responsabilidad civil, quizás hasta sea impropio hablar de derecho en el sentido actual. Pero aún en esas épocas ya el ser humano vivía en primitivos clanes, con los lógicos desencuentros que la convivencia implicaba.

El imperio de la fuerza debe haber sido el primer instrumento de incipiente orden. Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor. Esta venganza era un derecho primitivo que

---

<sup>9</sup> MONROY GALVEZ, Juan. Ob. Cit., p. 114.

luego fue usado, aunque nos parezca extraño, para limitar las relaciones entre los miembros de los clanes.

La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad. Por una muerte podía quemarse una aldea entera, o por una violación cometerse un genocidio. Más adelante se produce un gran avance jurídico en el momento en que la venganza sufre una limitación cuando se devuelve mal por mal, pero equivalente o proporcional. Este es un principio de proporcionalidad de la sanción con la falta cometida, en donde la fijación de la indemnización tiene relación con el daño causado. Se conoce como ley del Tali3n y est1 presente en el C3digo de Hammurabi.

Tiempo m1s tarde los hombres advirtieron que el sistema del Tali3n no era la mejor soluci3n, sobre todo porque a la v3ctima de nada le serv3a devolver el mismo mal al ofensor. Si hab3a quedado ciego porque le hab3an vaciado el ojo, al vaciar el ojo del ofensor segu3a quedando tan ciega como antes. Se pens3 entonces que en algunos casos deb3a permitirse la indemnizaci3n por bienes equivalentes. Esta compensaci3n en un primer momento fue voluntaria, fijada por acuerdo de partes. En el primitivo derecho germano, tambi3n sucedi3 lo mismo aunque en el medio se legislaron ciertas penas infamantes, como ser cortar el cabello o marcar se3ales de fuego en la frente; someter a burlas o arrojar al causante al r3o cargado con piedras o un perro a sus espaldas. Como estas penas deb3an ejercer una gran presi3n social se permit3a redimirlas con dinero.

Luego la autoridad fij3 los valores y se pas3 del sistema de composici3n voluntaria a la reglada, no permiti3ndose ya la opci3n. El *quantum* de la

indemnización ya no se dejaba al libre arbitrio de las partes, sino que era fijado por un órgano superior. Así fueron separándose la responsabilidad civil de la penal y así también fue gradualmente aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado mediante el pago de nada más que los daños causados.

En el primitivo derecho romano en la Ley de las XII Tablas también se encuentran ejemplos de limitación de la venganza por intermedio de los daños múltiples: por ejemplo el incumplimiento de una parte de su promesa, obligaba a esta a pagar el doble (Tabla VI.2); una víctima de usura podía recibir de un individuo el cuádruplo de la cantidad del interés usurario en la medida del exceso permitido (Tabla VII.18); en el caso del depositario infiel debía indemnizarse el doble del valor depositado (Tabla VIII.19), entre otros.

La ley Aquilia es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto, a tal punto que en cualquier manual de texto se utiliza la expresión responsabilidad aquiliana como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Debe su nombre al tribuno Aquilio quien realizó el plebiscito, según cuenta Ulpiano. Era sin embargo una ley que sobre todo reglamentaba la revancha o venganza, consistente en reconocer un derecho a causar al responsable los mismos daños económicos sufridos.

Cuando tiene lugar la caída de Roma y se produce en Europa lo que se conoce como el oscurantismo, los textos romanos se pierden durante siglos y recién son redescubiertos en el siglo XI, en que comienzan a ser estudiados. Coincide este descubrimiento con la fundación de la primera universidad en Bolonia en 1088 desde donde se empieza a interpretar y comentar estos textos. Los primeros

comentaristas, además de realizar las correspondientes anotaciones a los casos que discutían, comenzaron a sintetizar sus discusiones en frases cortas, que son conocidas como glosas. De ahí el nombre de estos primeros comentaristas como glosadores. Uno de los puntos más interesantes de este período es el intento por reelaborar la ley Aquilia, despojándola de su carácter penal., también se comienza a limitar la indemnización de los daños al perjuicio o mal efectivamente sufrido.

En la Edad Media también se nota la influencia de la Iglesia Católica y del derecho canónico, y en lo tocante a la responsabilidad civil se intenta dotarla de un sentido moral similar al pecado y la culpa pasa a tener un papel cada vez más importante. Así con posterioridad a los glosadores hace su aparición la escuela del derecho natural, con Grocio y Puffendorf que producen una profunda transformación en el derecho romano, siendo sus postulados recibidos por los franceses Domat y Pothier quienes directamente elaboran el concepto de que no hay responsabilidad sin culpa<sup>10</sup>.

#### **b. Alterum Non Laedere.**

Los romanos sintetizaron sus principios jurídicos en tres axiomas o máximas, a los que el derecho podía resumirse a su mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas; a saber: *Honeste Vivere* (vivir honestamente), *Suum Cuique Tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y *Alterum Non Laedere* (no dañar al otro).

---

<sup>10</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo. “Introducción a la Responsabilidad Civil”. Disponible en sitio web: <http://www.derecho.unt.edu.ar/Introdresponsabilidadcivil.pdf>. Consultado 10 de junio de 2016.

Como es sabido, el adagio de ULPIANO – que otras veces se denomina *neminem laedere* – figura entre los principios más citados, incluso desde la vigencia del antiguo Código Civil italiano de 1865. Inmutable en el tiempo, el principio [*alterum non laedere*] quiere significar una regla de comportamiento, pero también precepto cuya violación comporta una sanción<sup>11</sup>.

El principio del *alterum non laedere* es como la noción misma del derecho, inseparable de la alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil. El derecho no protege entonces a quien causa daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación – en sentido jurídico – de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido a otra persona. Podemos entonces resumir diciendo que el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado.

### **c. Concepto de Responsabilidad Civil**

De acuerdo con Jorge Peirano Facio<sup>12</sup>, bucear hasta el nacimiento de la palabra *responsabilidad* no presenta mayores dificultades, pero tampoco es

---

<sup>11</sup> MASSIMO, Franzoni. *La Responsabilidad civil y los principios generales: El alterum non laedere. Responsabilidad Civil Contemporánea*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 19.

<sup>12</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 19.

particularmente ilustrativo, por cuanto este vocablo comenzó a ser empleado para designar la metería que nos ocupa con mucha posterioridad a la elaboración de gran parte de los principios básicos de la teoría de la responsabilidad civil. Hay responsabilidad cada vez que un sujeto está obligado a reparar el daño sufrido por otro. La responsabilidad es pues un concepto secundario, que supone una relación entre dos sujetos, y que se resuelve, en último análisis, en una obligación de reparación.

De tal concepto, que es compartido más o menos conscientemente por casi todos los comentaristas del derecho positivo, se deducen dos consecuencias fundamentales desde nuestro punto de vista: la primera radica en una distinción entre la responsabilidad y un concepto afín, con el cual suelen confundirla algunos autores: la imputabilidad; y la segunda consiste en alejar *in limine*, del campo de la responsabilidad, situaciones que nada tienen que ver con él, y que sólo aportan confusiones al intérprete de la Ley positiva.

La responsabilidad civil tiene un carácter esencialmente reparador, no penal; de donde resulta que en el campo puramente civil la responsabilidad se define por la obligación de reparar el perjuicio causado a un sujeto de derecho. Por eso, mirando en su esencia el problema de la responsabilidad civil se presenta, como lo ha mostrado muy bien GÉNY, de la siguiente manera: *una persona ha sufrido un daño que otra le ha causado; la responsabilidad tiene por consecuencia imponer al ofensor, dentro de ciertas circunstancias, la obligación de repararlo. Se trata,*

*pues, en última instancia, de la idea de transferir el perjuicio de la víctima al ofensor*<sup>13</sup>.

#### **d. Fundamentos de la Responsabilidad Civil**

Buscar el fundamento de la responsabilidad civil equivale a indagar la razón o el motivo por el cual se está obligado a reparar el daño causado. Ello equivale a responder la siguiente pregunta: *¿Por qué se debe responder cuando se causa un daño?*

Una de las respuestas tradicionales a dicha interrogante se basa en el principio de Justicia que impone la necesidad restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente o que la sanción jurídica de la conducta lesiva responder a una elemental exigencia ética.

No obstante ello, la doctrina de la responsabilidad civil ha desarrollado ampliamente dos criterios de responsabilidad: **la responsabilidad subjetiva o teoría de la culpa**. La teoría de la culpa afirma que no basta que un sujeto de derecho sufra un daño injusto en su patrimonio o en sus bienes, para que el autor del mismo llegue a estar obligado a repararlo; es menester que ese daño provenga de un hecho doloso o culpable: sin dolo o culpa no hay responsabilidad. La culpa aquiliana, en este concepto es, según afirma Joserrand con su lenguaje siempre pintoresco una especie de *pecado jurídico* quien no lo ha cometido no es

---

<sup>13</sup> GÉNY, F. Risques et Responsabilité. Citado por Jorge Peirano Facio. Ob. Cit., p. 25.

responsable. La única causa que engendra, pues, un derecho a la reparación es la culpa moral, teológica; el pecado – consciente y deliberado – de injusticia<sup>14</sup>.

Para esta teoría, todo daño tenía un agente provocador, una mano escondida que arrojó la piedra; siempre hay un delincuente oculto detrás de la cortina de los hechos. Es verdad que muchas veces no es un delincuente intencional, es decir, con dolo. Pero aunque su responsabilidad personal sea menor en esos casos porque ha sido negligente o imprudente sin haber tenido voluntad de causar daño, eso no quita el carácter delictivo del daño por lo que se considera como un cuasi delito y, consecuentemente, el causante es un cuasi delincuente.

El juez tiene, entonces, que desenmascararlo, tiene que establecer la paternidad del daño. Por consiguiente, si el culpable es la propia víctima, esta queda sin reparación; lo que equivale a decir que el peso económico del daño lo asume ella misma. Si el culpable es el causante material, el peso económico se traslada a dicho causante por la vía de la obligación de pagar una reparación<sup>15</sup>.

Otra respuesta al porqué de la obligación de indemnizar lo hemos encontrado en el análisis económico del derecho, corriente de pensamiento nacida en Estados Unidos e Inglaterra, extendida ahora por todo el mundo y que sostiene que es posible analizar las reglas jurídicas en consonancia con las económicas, viniendo esto a denominarse como responsabilidad objetiva.

---

<sup>14</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. Ob. Cit., p. 136.

<sup>15</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual en la Historia del Derecho Peruano”. En: *Revista Themis*, N° 50. Disponible en sitio web: <http://www.themisderecho.org/descargas/themis-50>.

En sentido estricto se llama responsabilidad objetiva a aquel sistema de responsabilidad que basa el fundamento de la obligación de reparar en la mera casualidad externa material; de acuerdo con esta acepción restringida de nuestra expresión, se sostiene que la obligación de indemnizar se origina en la sola relación de causa efecto entre el hecho – causa y el hecho – consecuencia. Según esta concepción, el acto ilícito civil generador de responsabilidad está constituido exclusivamente por dos elementos (el obrar humano y el perjuicio) unidos por un nexo de causalidad<sup>16</sup>.

La causa de carácter material se refiere al grado de desarrollo que alcanzó la civilización occidental a partir del último cuarto de siglo XX. Este análisis parte de la base que el individuo es un ser racional, pero que esa racionalidad la aplica al ámbito económico y guía sus pasos en la asignación de recursos. En ese sentido la hipótesis de que se parte es conocida como individualismo metodológico, definido como “la suposición de que todos los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces egoístamente y que proceden racionalmente para la consecución de su objetivo”. Además el daño es visto como un costo que alguien debe asumir, y según cual sea esa regla, quien lo soportará será la víctima, el victimario, ambos si hay culpa concurrente.

Cuando este costo que significa el daño no es soportado por el causante, los partidarios de esta escuela hablan de una *externalización*, es decir, que el daño es transferido a otro patrimonio, como sucede cuando una empresa contamina el medio ambiente en el que los costos de contaminación, al ser difusos y no

---

<sup>16</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. Ob. Cit., p. 147

reclamados por las víctimas no entran dentro del cálculo de costos. Cuando el daño es indemnizado, el costo se *internaliza*, es decir es asumido por quien causa el daño<sup>17</sup>.

### 2.2.6. La responsabilidad precontractual

Mucho se piensa que la responsabilidad civil únicamente es de dos clases, es decir, contractual o extracontractual, y si no es una es la otra, afirmación que no resulta correcta.

Nacida y dejada crecer hasta límites muy extensos en el derecho alemán, *la culpa in contrahendo*, o responsabilidad precontractual debe su origen a un famoso estudio de Rudolf von Jhering (1818-1892), publicado en el cuarto volumen de los *jabrbücher für die Dogmatik des römischen und deutsben Privatrechts (1860)*: “*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zum Perfection gelangten Verträgen*”, es decir *Culpa in Contrahendo*, o del resarcimiento en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse.

Los ejemplos de Jhering se inspiraban en la experiencia cotidiana, y no es improbable que a esta singularidad de sus trabajos se deba lo perdurable de sus ideas. *Una persona – propone el jurista alemán – quiere ordenar cien libras de un producto, pero confunde el símbolo de las libras con el de los quintales; los cien quintales arriban y el que ha realizado la orden los rechaza [...]. Suponiendo que el error se demostrara verisímilmente, el contrato sería nulo, de ello no cabe duda. Pero ¿Quién se hará cargo de los gastos de embalaje y envío que se realizaron*

---

<sup>17</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo. Ob. Cit., p. 4.

*inútilmente? ¿no responde de alguna manera la parte que ha cometido el error, por los gastos ocasionados por su culpa?. Yo encargo a un amigo que tengo en Bremen que ordene en mi nombre a un comerciante de tabacos ¼ de caja de puros; mi amigo se equivoca y ordena 4 cajas. Las cajas me son enviadas, pero yo no las acepto ¿el remitente debe soportar el gasto por el transporte de ida y vuelta, o puede demandar un reembolso, indistintamente, a mí o a mi intermediario?. En todos los ejemplos de Jhering, el problema que surge es establecer si, a pesar de la nulidad del contrato, la persona que propiciaba el error o a la que, de alguna manera, se podía achacarse 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<sup>18</sup>.*

Rudolf von Ihering trató de responder a la cuestión de si la parte que había cometido un error esencial en la celebración de un contrato respondía frente a la otra del daño causado por su culpa. El análisis de las fuentes romanas le lleva a sostener que la parte que ocasiona la nulidad del contrato responde frente a la otra del daño causado por la anulación, no porque el contrato sea nulo, sino porque debiendo tener conocimiento de ello, no previno a la otra, causándole con ello un daño.

La idea fue recogida por autores posteriores y recibida en diversos preceptos, tanto del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) como del Código civil suizo y el Código de Obligaciones de este mismo país, si bien en ninguno de ellos se formula un

---

<sup>18</sup> LEÓN HILARIO, Leysser. *La Responsabilidad Civil: Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. 2da Ed. Lima: Jurista Editores, 2007, p. 558.

principio general de responsabilidad surgida en la fase precontractual. Habrá que esperar hasta mediados del siglo XIX para que dicho principio se consagre expresamente en los artículos 197 y 198 del Código civil griego (1940), primero, y en los arts. 1.337 y 1.339 del Código civil italiano, poco después. En las décadas siguientes se sumaron a la idea algunos otros códigos, como el portugués o el ZGB de la República Democrática Alemana. Sin embargo, la vitalidad de la figura ha derivado mayormente de la práctica jurisprudencial alemana que, considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza (*Vertrauenshaftung*)<sup>19</sup>.

Otras tesis como la Faggella rechazan la idea de la *culpa in contrahendo* y sostiene que la responsabilidad precontractual comprende todo el período previo a la conclusión del contrato, que divide en dos etapas: i) una que comprende las tratativas realizadas antes de emitirse la oferta y; ii) otra que comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesación definitiva de las negociaciones. Según Saleilles, acepta el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual propiciado por Fagella, agregando que las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato deben actuar en la medida de la equidad comercial.

De acuerdo con la posición Contractualista, se basa en la tesis del contrato tácito de carácter social, según la cual la iniciación de las tratativas supone un acuerdo entre los tratantes; de este contrato tácito surgen los deberes de corrección, de información y de colaboración.

---

<sup>19</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta. “La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Contractual Europeo”, Año 65, Nº 2130, 2011, p. 22. Disponible en sitio web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3915700>. Consultado el 12 de junio de 2016.

La tesis del contrato tácito parte de la premisa de que el acuerdo de voluntades recae sobre la asunción por los tratantes de los deberes de probidad y lealtad, de tal manera que el quebrantamiento de estos deberes determina el incumplimiento contractual. La posición Extracontractualista<sup>20</sup> sostiene que para existir responsabilidad contractual, es necesario que exista un contrato, por tanto, al no existir un contrato la única responsabilidad que podría existir sería la responsabilidad extracontractual.

Para Manuel de la Puente y la Valle las dos posiciones referidas anteriormente parten del criterio que la responsabilidad que no es contractual es extracontractual. Para dicho tratadista el sistema peruano no se inspira en este criterio. Si nuestro Código no ha adoptado un sistema único de responsabilidad, ha debido regular claramente dos sistemas separados de responsabilidad con reglas propias para cada

---

<sup>20</sup> Sobre la supuesta naturaleza extracontractual de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* citaremos a Renzo Saavedra que refiere: *desde nuestra perspectiva resulta insostenible (en el estado actual de nuestra normatividad, doctrina y jurisprudencia) afirmar que el mero contacto entre individuos (el denominado “contacto social”) produzca una vinculación jurídica de tal intensidad que genere sobre ellos deberes jurídicos. Tal afirmación resulta particularmente relevante pues sólo la vulneración de (auténticos) deberes jurídicos puede llevarnos a afirmar la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo. Sin embargo este deber de conducta no resulta reconducible a una obligación en tanto que en la estructura de este tipo de relación jurídica se tutela el interés específico del acreedor a recibir la prestación debida, lo cual no sucede en este caso. [...] La contractualización de la responsabilidad por culpa in contrahendo resulta imposible en nuestro medio pues los discursos de los ordenamientos que admiten tal naturaleza, es decir, el sistema alemán y el de los países del common law, no puede ser importado debido a que en estos últimos el riesgo de difuminar las diferencias entre la responsabilidad contractual y aquiliana no existe. [...] De lo dicho queda claro que el deber de conducta derivado de la buena fe no cumple los requisitos necesarios para considerarse que su violación genere obligaciones. Tal apreciación resulta análoga a lo que sucede en el sistema jurídico alemán. Sin embargo, tal argumento se torna aún más sólido en nuestro país dado que en el Código Civil no existe, como sí sucede en el Codice, una norma expresa que establece cuales son las fuentes de las obligaciones. Al respecto, nos permitimos citar el artículo 1173° del Codice, el cual considera que “las obligaciones derivan de un contrato, de hecho ilícito, o de todo acto hecho idóneo para producir las de conformidad al ordenamiento jurídico”. Una norma de este tipo, interpretada de una manera amplia, ha llevado a algunos autores a sostener que el contacto voluntario o el contacto social, si resulta per se idóneo para generar relaciones obligatorias, en la medida que los bienes jurídicos de las partes se encuentran sujetos a un riesgo de daño debido al desarrollo de las tratativas, lo cual, como se ha visto, es la base de los deberes de protección (o “Schutzpflichten”) del ordenamiento alemán. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. Responsabilidad Civil Contemporánea. La Responsabilidad Precontractual en Debate Panorama de la Doctrina Jurídica Nacional. Lima: Ara Editores, 2009.*

uno. Para dicho tratadista no se presenta una antinomia entre responsabilidad contractual, entendida en el sentido que toda la que tiene carácter contractual es necesariamente extracontractual. Sostiene que la responsabilidad derivada de la violación del deber de actuar según las reglas de la buena fe que impone el artículo 1362° del Código Civil, está regulada por las normas relativas a la inejecución de las obligaciones contempladas en el Título IX del Libro VI del Código Civil<sup>21</sup>.

Nuestro Código Civil recoge la figura de la responsabilidad precontractual en su artículo 1362°, que sirve de fundamento legal de la responsabilidad civil que puede nacer cuando alguien se aparta de los tratos previos de un contrato que viene negociando, y ocasiona daños, con dicha conducta, al otro tratante.

El aparentemente indiscutible papel que toca desempeñar al artículo 1362° del Código Civil peruano, que se someterá a revisión en estos apuntes, tiene una historia. Gracias a la monumental obra de Manuel de la Puente y Lavalle sobre el contrato en general, han podido llegar a nosotros las imprescindibles referencias que permiten identificar de modo inequívoco la voluntad que motivo al legislador a redactar la norma en cuestión; voluntad favorable a la admisión del carácter resarcible de los daños ocasionados en la fase precontractual<sup>22</sup>.

#### **a. Ruptura Injustificada de las Tratativas**

Es equivocado reconocer la responsabilidad del tratante por el solo hecho que, sin justo motivo interrumpe la tratativa. La responsabilidad por rotura de las

---

<sup>21</sup> TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. “Responsabilidad Precontractual”. Disponible en sitio web: <http://www.monografias.com/trabajos39/responsabilidad-precontractual>. Consultado el 13 de agosto de 2016.

<sup>22</sup> LEÓN HILARIO, Leysser. Ob. Cit., p. 536.

tratativas sólo puede dar lugar a responsabilidad cuando el comportamiento del tratante es claramente reprobable y ha causado daño al otro, entendiendo que lo reprobable no está en la rotura de la tratativa, sino del modo como ésta ha sido conducida, despertando la confianza de la víctima del daño.

Entiéndase que la ruptura de las tratativas o negociaciones previa a la celebración del contrato, resulta cuando uno de los tratantes se aparta de las negociaciones sin justificación válida, tratativas que han sido conducidas de tal manera que han inducido al otro tratante a confiar razonablemente en la celebración del contrato. La responsabilidad, entonces, no surge de romper inesperadamente las tratativas, sino de haber inducido a la otra parte a tener la confianza en la celebración de un contrato.

#### **b. Principios de la Relación Precontractual: Libertad Contractual, Buena Fe Objetiva**

Como bien sabemos, en la fase previa a la vinculación contractual, rige el principio de **Libertad Contractual**, vertebrador de cualquier ordenamiento privado moderno, incluido el derecho privado peruano (artículo 1354° del Código Civil) y que incluso cuenta con respaldo constitucional (artículos 2° inciso 14), 62° y 63°). Aunque determinar el contenido de la libertad contractual no esté exento de dificultades, al objeto que ahora nos atañe parece claro que incluye la libertad de entablar negociaciones y, en su caso, contratar con quien y con el contenido que se desee, así como la de autotutelar los propios intereses en todas las fases de la vida del negocio, incluyendo la anterior a su celebración.

Todo ello supone, entre otras cosas, que en principio existe libertad para romper las negociaciones sin incurrir por ello en responsabilidad. Sin embargo, ni el principio de libertad contractual ni ningún otro tienen carácter absoluto.

Otro principio de máxima importancia: aquél que obliga a actuar de conformidad con la **Buena Fe**. En la mayor parte de los ordenamientos este último principio no solamente actúa en la fase de celebración y cumplimiento del contrato, sino que, según la tesis iniciada con éxito en su día por CANARIS, se extiende desde que se produce el primer contacto entre las partes hasta los últimos efectos de la transacción, de tal suerte que también cabe hablar de una fase postcontractual, la cual en algunos aspectos actuaría a modo de imagen en el espejo respecto de la precontractual. La aplicación de este principio en todas las fases del contrato supone, al decir de algunos, la adopción de un modelo de Derecho contractual de cooperación, por oposición al más clásico y liberal de antagonismo entre las partes<sup>23</sup>.

En el caso peruano, la buena fe referida en el artículo 1362° del Código Civil, reconoce la aplicación de este principio en la fase preparatoria del contrato. Durante mucho tiempo, gran parte de la literatura jurídica, influida sin duda por el peso de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, ha incluido entre tales deberes precontractuales derivados del principio de la Buena Fe, los llamados “deberes de protección”. Según esta tesis, en la fase de negociación de un contrato surge entre las partes un específico deber de protección de su salud e integridad física de

---

<sup>23</sup> GARCÍA PAZ, María Rubio y OTERO CRESPO, Marta. Ob. Cit., p. 25.

naturaleza recíproca cuyo incumplimiento generaría también un supuesto de responsabilidad precontractual.

Constituye también otro de los deberes, el de “información”, por la cual debe procurarse la información necesaria para velar por sus propios intereses, no es menos cierto que en la mayor parte de los ordenamientos resulta hoy bastante común considerar que, en ocasiones, las reglas derivadas de la buena fe que imponen entre las partes negociadoras deberes de cooperación son susceptibles de hacer recaer sobre una de ellas el de informar espontáneamente a la otra acerca de circunstancias que esta última ignora y que pueden ser fundamentales para la decisión de contratar o para la conformación del vínculo.

De esta suerte, el consentimiento otorgado sobre realidades cada vez más complejas y tecnificadas será un consentimiento informado, particularmente cuando, como sucede en los contratos con consumidores, los conocimientos de las partes en la etapa prenegocial no son homogéneos por la distinta posición que ambas tienen respecto al acceso a la mentada información, de modo que el establecimiento de tal tipo de deberes pretende reequilibrar la original asimetría informativa.

### **2.3. Definición de términos**

- a. Contrato.-** El contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial. En dicha definición, se 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)<sup>24</sup>.

**b. Responsabilidad civil.-** 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 sanción (reparación o pena) dependiente de un suceso determinado y, sobre todo, en razón de un daño que se le imputa a él; que en el ámbito de la relación de obligación la 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.<sup>25</sup>

**c. Responsabilidad contractual.-** 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 manera espontánea, natural, la

---

<sup>24</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 33.

<sup>25</sup> BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 254.

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<sup>26</sup>.

**d. 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 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.<sup>27</sup>

**e. Responsabilidad precontractual.-** “Se entiende por responsabilidad precontractual la que puede producirse durante los tratos negociales previos, es decir, en las negociaciones que anteceden a una oferta. Se trata de una responsabilidad que nace “cuando se causa daño a la persona o bienes de otro en el curso de la formación de un contrato”.<sup>28</sup> por lo que se afirma también que puede definirse a la responsabilidad precontractual como la obligación de resarcir un daño causado por uno de los eventuales futuros contratantes a otro con motivo de las tratativas a la celebración de un contrato<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 5ta. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986, p. 14.

<sup>27</sup> ALPA, Guido. *Responsabilidad Civil y Daños. Lineamientos y cuestiones*. Trad. Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 56.

<sup>28</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. “La responsabilidad durante los tratos negociales previos”. En: *Revista Lex Et Veritas*, Vol. 2. Editora Metropolitana, Santiago, 2004, p. 91.

<sup>29</sup> PICASSO, Sebastián. “La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Código Civil de 1998”, 2006. Disponible en sitio web: [http://www.alterini.org/tonline/to\\_ps1.htm](http://www.alterini.org/tonline/to_ps1.htm). Consultado el 10 de agosto de 2016.

**f. Derecho comparado.**- El derecho comparado suele ser calificado como una disciplina o método de estudio del derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados (esto dentro de una perspectiva funcionalista). Por este motivo, suele discutirse si resulta propiamente una rama del derecho o como una metodología de análisis jurídico<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30ª. Ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007.

### III. METODOLOGÍA

#### 3.1. Tipo y diseño de investigación

- **Tipo de investigación:** Corresponde a una investigación Dogmática-Normativa y Teórica<sup>31</sup>, que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el tratamiento dogmático y normativo de la responsabilidad precontractual en el derecho de contratos en el Código Civil peruano y el derecho comparado.
- **Tipo de diseño:** Corresponde a la denominada No Experimental<sup>32</sup>, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad es estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
- **Diseño General:** Se empleó el diseño Transversal<sup>33</sup>, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir las variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado.
- **Diseño específico:** Se empleó el diseño explicativo<sup>34</sup>, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables

---

<sup>31</sup> Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima: Editorial Fecat, 2001. Así mismo siendo una investigación dogmática, de naturaleza teórica no es requisito la delimitación temporal ni espacial, requisito válido solo para las investigaciones empíricas o jurídicas sociales, que no es el caso de la presente investigación. Por tanto especificar el lugar y tiempo de ejecución no es necesario.

<sup>32</sup> ROBLES TREJO, Luis et al. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecat, 2012, p. 34.

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al. *Metodología de la Investigación*. México: Editora McGraw-Hill, 2010, p. 151.

<sup>34</sup> *Ibíd.* p. 155.

de estudio del problema planteado sobre el tratamiento dogmático y normativo de la responsabilidad precontractual en el derecho de contratos en el Código Civil peruano y el derecho comparado.

### **3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico**

A continuación se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de un plan de información:

Proceso que incluye:

- a) Determinación de la población o sujetos de estudio
- b) Selección de la muestra
- c) Operacionalización del estudio (afín a los aspectos relacionados con los eventos del proyecto, así como todos sus procesos)
- d) Diseño del instrumento
- e) Método para procesar la información

#### **3.2.1. Población<sup>35</sup>**

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que genero la jurisprudencia correspondiente.

---

<sup>35</sup> ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 251- 258.

- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2015.

### 3.2.2. Muestra<sup>36</sup>

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad y operadores jurídicos.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales y respuestas de los operadores jurídicos.

### 3.2.3. Unidad de Análisis<sup>37</sup>

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad; y personales: operadores jurídicos. Además la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.

---

<sup>36</sup> *Ibíd.*, pp. 251- 258.

<sup>37</sup> GOMES, Romeu. “Análisis de datos en la investigación”. En: *Investigación social*. Buenos Aires: Lugar editorial, 2003, p. 55. Expresa que “La palabra categoría, se refiere en general a un concepto que abarca elementos o aspectos con características comunes o que se relacionan entre sí. Esa palabra está relacionada a la idea de clase o serie. Las categorías son empleadas para establecer clasificaciones. En este sentido trabajar con ellas implica agrupar elementos, ideas y expresiones en torno a un concepto capaz de abarcar todo”, En ese sentido, las categorías son los diferentes valores, alternativas es la forma de clasificar conceptuar o codificar un término o expresión de forma clara que no se preste para confusiones a los fines de determinada investigación.

- Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías y respuesta de los operadores jurídicos del cuestionario aplicado.

### **3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información<sup>38</sup>.**

- a) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales, Resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.
- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para recoger datos empíricos, se empleó la técnica de la encuesta cuyo instrumento fue el cuestionario para el cual se elaboraron preguntas cerradas sobre el problema de investigación, la misma que se aplicó a los operadores jurídicos, el mismo que permitió elaborar los cuadros y gráficos estadísticos.
- d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.

### **3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información**

Respecto al análisis de datos y/o información empírico, se utilizó el enfoque cuantitativo para los datos empíricos, empleados la estadística descriptiva simple

---

<sup>38</sup> ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.

para la representación e interpretación de datos en cuadros y gráficos estadísticos.

Cuyos pasos a seguir fueron:

- a) selección de la información que fue estudiada;
- b) selección de las categorías que se utilizarán;
- c) selección de las unidades de análisis, y
- d) selección del sistema de recuento o de medida
- e) Representación e interpretación de datos

Mientras que para el procesamiento y análisis de los datos empíricos se empleó la técnica del análisis estadístico descriptivo, el cual busco representar los datos en cuadros y gráficos estadísticos en base a la frecuencia de respuestas.

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo<sup>39</sup>, para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la argumentación jurídica para el análisis de la información. Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

---

<sup>39</sup> BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Editorial Trillas, 1986, p. 43.

Finalmente, los datos o información que se obtengan en el proceso de recolección y análisis sirvieron para validar la hipótesis<sup>40</sup> en base la teoría de la argumentación jurídica<sup>41</sup>, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados.

---

<sup>40</sup> ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Ffecaat, 2014, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino. *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley, 2011, pp. 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”.

<sup>41</sup> GASCON ABELLAN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 49.

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Resultados doctrinarios sobre la responsabilidad precontractual

#### 4.1.1. Planteamiento del problema y concepto

La declaración de voluntad común, denominada “*consentimiento*”, que constituye el núcleo del acto jurídico bilateral, puede ser el resultado de un acuerdo instantáneo entre las partes, producto de la coincidencia inmediata de las voluntades, o bien puede constituir la culminación de una serie de actos preparatorios a través de los cuales los interesados han expresado sus diversos puntos de vista sobre el negocio propuesto, hasta llegar a un completo entendimiento<sup>42</sup>.

El primer caso caracteriza aquellos contratos de naturaleza preferentemente consensual, que celebramos cotidianamente. El segundo caso, se presenta en aquellos contratos que atendida su complejidad, exigen una negociación previa, más o menos prolongada, según las circunstancias. El problema de la responsabilidad precontractual, se presenta entonces en esta segunda hipótesis.

En efecto, en esta etapa previa al nacimiento del contrato, pueden surgir dificultades o desavenencias entre las personas que pretendían concretar el negocio jurídico, que pueden suponer una ruptura definitiva de las negociaciones. De ahí que resulta necesario estudiar el período previo a la formación del consentimiento, abordando los problemas que pueden surgir en el mismo, así como la eventual

---

<sup>42</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1979, p. 29.

responsabilidad para quienes en él intervienen, cuando el contrato no llega a concluirse.

Nuestro ordenamiento civil, no se ocupa de la formación del consentimiento, salvo en lo que respecta al contrato de promesa.

Dicho vacío o silencio fue remediado en parte por el legislador mercantil, quien en el Mensaje del Código de Comercio hace notar esta deficiencia de nuestra legislación civil y su intención de llenar tan “*sensible vacío*”. Pero las normas contenidas en los artículos 97 a 106 del Código de Comercio, parten del supuesto de haberse formulado una oferta. Sin embargo, el período precontractual comienza antes, cuando las partes se ponen en contacto con miras a concretar un negocio jurídico.

Podemos afirmar, entonces, que en el período precontractual, hay dos grandes etapas: la primera, que comprende los denominados **tratos negociales previos**<sup>43</sup>; y la segunda, la que se inicia una vez formulada por una de las partes **la oferta**. Esta segunda fase es propia del estudio del Acto Jurídico, de manera que centraremos nuestro análisis fundamentalmente en la primera de estas fases. Ahora bien, las definiciones de responsabilidad precontractual que citaremos seguidamente, suelen aludir, exclusivamente, a la primera de las dos etapas mencionadas.

Preliminarmente, digamos que “*Se entiende por responsabilidad precontractual la que puede producirse durante los tratos negociales previos, es*

---

<sup>43</sup> Llamadas también tratativas preliminares o *pourparlers*.

*decir, en las negociaciones que anteceden a una oferta.”<sup>44</sup> Se trata de una responsabilidad que nace “cuando se causa daño a la persona o bienes de otro en el curso de la formación de un contrato”<sup>45</sup>. Se afirma también que “Puede definirse a la responsabilidad precontractual como la obligación de resarcir un daño causado por uno de los eventuales futuros contratantes a otro con motivo de las tratativas a la celebración de un contrato”<sup>46</sup>.*

O como plantea otro autor, desde la óptica del principio de la buena fe, *“...todo aquel que en la fase de los tratos preparatorios de un contrato cree razonablemente que está prácticamente concluido o que se va a concluir, y, en atención a ello, emprende trabajos, realiza gastos o adopta cualquier tipo de disposiciones de los que se deriva un perjuicio, si el contrato no llega definitivamente a celebrarse, se halla amparado por la buena fe, puesto que, de alguna manera, se ha hecho tal idea por confiar en las palabras o en los hechos de la persona que hubiera podido ser su contraparte y que, en algún modo, con tal comportamiento, ha creado una suerte de apariencia”<sup>47</sup>.*

Tradicionalmente, se afirma que el estudio de la responsabilidad precontractual suscita, fundamentalmente, cuatro interrogantes, a saber:

- a) Determinar cuál es la naturaleza de la responsabilidad precontractual, esto es, determinar si ella debe enmarcarse en la esfera de la responsabilidad **contractual**; o en el ámbito de la responsabilidad

---

<sup>44</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. Ob. Cit., p. 91.

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> PICASSO, Sebastián. Ob. Cit., p. 67.

<sup>47</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. *Responsabilidad en los “tratos preparatorios” del contrato*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 165-186.

**extracontractual**; o si constituye una materia con reglas propias, que no puede resolverse aplicándole las reglas de las dos responsabilidades civiles tradicionales, conformando un caso de responsabilidad **legal**; o si se trata de una manifestación de la doctrina del **abuso del derecho**; o, en fin, si estamos ante una hipótesis en la que, la fuente de las obligaciones que pueden nacer, corresponde a una **declaración unilateral de voluntad**<sup>48</sup>;

- b) Determinar cuál es el factor de atribución de responsabilidad aplicable. Los candidatos favoritos han sido **la culpa y el abuso del derecho**;
- c) Determinar cuándo puede decirse propiamente que ha comenzado el período precontractual y puede nacer por ende la responsabilidad de esta clase; y
- d) Determinar cuál es el daño indemnizable, cuando se origina durante el período previo a la formación del contrato<sup>49</sup>.

#### **4.1.2. Doctrina tradicional**

La doctrina tradicional ha reconocido la existencia de tres períodos fundamentales en la formación del consentimiento:

- a) Fase de los meros hechos sociales.
- b) Fase de la oferta.

---

<sup>48</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María. “Responsabilidad - conceptos generales, con especial referencia al Derecho Civil”. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. T. XXIV. Buenos Aires: Driskill, 1979, pp. 835 - 838.

<sup>49</sup> PICASSO, Sebastián. Ob. Cit., p. 96.

c) Fase de la promesa de contrato<sup>50</sup>.

Se afirma que todo el período en el que las partes se acercan para plantear sus opiniones sobre el futuro contrato en estudio, carece de relevancia jurídica. Con este razonamiento, se califican las actuaciones de voluntad en dicho período como **meros hechos sociales**. Por lo tanto, y aplicando el principio de la autonomía de la voluntad, las partes concernidas en estos meros hechos sociales, en uso de la libertad, pueden retirarse en cualquier momento sin que adquieran ningún tipo de responsabilidad, toda vez que así como libremente empezaron las tratativas, pueden en la misma forma retirarse y no continuarlas<sup>51</sup>.

Sólo cambia esta opinión al iniciarse la etapa obligatoria en la relación precontractual, a partir de la **oferta**, con todos los requisitos que estudiamos en la formación del consentimiento, a propósito de la voluntad en el Acto Jurídico, aunque su fuerza obligatoria sufre gran cantidad de excepciones (considerando la retractación y la caducidad que pueden operar, extinguiendo la oferta).

Por último, se somete la **promesa de contrato** a tal cúmulo de formalidades y exigencias, como queda de manifiesto en el artículo 1554 del Código Civil, que en definitiva su utilidad práctica experimenta una considerable merma.

Cabe advertir que hasta mediados del Siglo XIX, no se admitía responsabilidad civil sino a partir de la tercera etapa. Ello explica por qué Andrés

---

<sup>50</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. Ob. Cit., p. 30.

<sup>51</sup> CELIS RODRÍGUEZ, Rubén. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Librotecnia, 2004, p. 14.

Bello y los demás redactores de nuestro Código Civil, ni siquiera contemplaron la eventual responsabilidad a partir de la formulación de la oferta.

#### 4.1.3. Doctrina moderna

Frente a la concepción rígida y negativa de la doctrina tradicional, que descartaba la responsabilidad antes del perfeccionamiento del contrato, aparece en la doctrina una reacción encabezada por el jurista alemán Ihering en su obra “*De la culpa in contrahendo o de los daños y perjuicios en las convenciones nulas o que permanecieron imperfectas*”<sup>52</sup>, desarrollada posteriormente por el italiano Gabriel Faggella.

**Ihering** (quién escribió en el año 1860), sostuvo que la diligencia propia del contrato no sólo se exigía en las relaciones ya establecidas, sino también a las relaciones contractuales en vías de formación; de ahí que hable de una “*culpa in contrahendo*”, o sea, de una culpa (y por ende de una responsabilidad subsecuente) que se origina mientras se estaba contrayendo el contrato. Considerando que se estaba en vías de concretar un contrato, la responsabilidad del que generaba un daño en esta etapa debía ser considerada **contractual**<sup>53</sup>.

Responsabilidad que nace, en todo caso, sólo a partir del momento en que una persona formula una **oferta** a otra. No contemplaba Ihering una responsabilidad previa, sosteniendo que las meras tratativas no originaban responsabilidad. Así,

---

<sup>52</sup> El opúsculo de Ihering recién fue traducido al francés y publicado en el año 1893, lo que explica que los juristas chilenos del Siglo XIX, lo desconocieran. Estos leían a los autores galos, pero muy raramente a los que escribían en alemán.

<sup>53</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica, 2004, p. 42.

Ihering retrotrae una posible responsabilidad a la segunda etapa mencionada en el acápite precedente, pero no iba tan lejos como para plantear que pudiera ella nacer en la primera de las aludidas etapas. Los tratos negociales previos, entonces, no quedaban amparados por la “*culpa in contrahendo*”. El jurista argentino Luis María Boffi Boggero resume los postulados de Ihering en siete puntos, a saber:

1° La “*culpa in contrahendo*” presupone “*oferta*”; las meras tratativas, en cambio, no originan responsabilidad; 2° Se trata de una responsabilidad contractual; 3° Las diligencias exigidas para ejecutar el contrato son idénticas a las que deben exigirse en el período formativo de él; 4° La culpa es sólo de quienes actúan en este período formativo; 5° La acción para hacer efectiva esta responsabilidad, se transmite a los herederos; 6° La acción prescribe de la misma forma en que prescribe la acción derivada de una responsabilidad propiamente contractual; y 7° La indemnización comprende tanto el “*interés positivo*” como el “*interés negativo*”<sup>54</sup>. Ello, según veremos, abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Para elaborar su doctrina, Ihering se basó en diversos textos romanos, específicamente de Ulpiano<sup>55</sup>, Modestino<sup>56</sup> (ambos recogidos en el Digesto) y en lo expuesto en las Institutas<sup>57</sup>, referidos a la venta de bienes sagrados, religiosos o

---

<sup>54</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María. Ob. Cit., p. 836.

<sup>55</sup> “*Si se dijere que un lugar religioso fue vendido como puro, el Pretor da contra el vendedor la acción por el hecho a aquel a quien pertenece aquella cosa*”.

<sup>56</sup> “*El que con ignorancia compró como privados lugares sagrados, o religiosos, o públicos, aunque no sea válida la compra, ejercerá sin embargo contra el vendedor la acción de compra, para que consiga lo que importó que no fuese engañado*”.

<sup>57</sup> “*Quien compra a sabiendas lugares sagrados, o religiosos, o públicos, por ejemplo, una plaza, una basílica, lo hace inútilmente, a no ser que, engañado por el vendedor, los hubiese comprado creyendo que eran privados o profanos, en cuyo caso tendrá la acción ex empto para conseguir siquiera indemnización de los perjuicios que le resulten de haber sido engañado, ya que no le sea permitido tener lo que compró*”.

públicos, cuando el vendedor ha ocultado esta importante circunstancia, a pesar de que ello da lugar a la nulidad de la compraventa, concediéndose, en tales supuestos, al engañado comprador, una acción para que pueda obtener una indemnización<sup>58</sup>. Se trataba de casos en que la venta tenía por objeto cosas que estaban fuera del comercio humano, y por ende, era nula.

Ihering, para fundamentar su tesis de responsabilidad previa a un contrato, plantea el caso<sup>59</sup> de una persona que solicita el envío de 100 libras de una determinada mercancía, pero confunde el signo de *libra* (equivalente aproximadamente a medio kilo) por el de *quintal* (equivalente a 46 kilos) y recibe por tanto una cantidad muy superior a la pedida (un solo quintal habría satisfecho el total de lo pedido, y se remiten 100). Como es obvio, el comerciante que había hecho el pedido, devuelve toda la mercancía que excede lo que realmente necesitaba.

El contrato adolece de nulidad, por error esencial, si se comprueba la existencia del vicio de nulidad, pero ¿quién responde por los gastos ocasionados a consecuencia del embalaje, flete de la mercancía, impuestos aduaneros eventualmente pagados, seguros de transporte, etc.?

La doctrina tradicional no respondía la interrogante y eventualmente se concluía que el comerciante damnificado (quien recibió la solicitud erróneamente formulada) no podía accionar contractualmente para obtener el resarcimiento, pues el contrato era nulo, y tampoco disponía de la acción extracontractual contemplada

---

<sup>58</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. Ob. Cit., p. 171.

<sup>59</sup> BREBBIA, Roberto. “Culpa in contrahendo”. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. T. V. Buenos Aires: Driskill, p. 279.

en la ley Aquilia, ya que el caso planteado no encajaba en ninguno de los supuestos contemplados en esa ley.

Con todo, no cabía duda que semejante conclusión pugnaba con la equidad, pues la parte que había incurrido en culpa quedaba indemne (quien se equivocó al escribir quintal donde debió anotar libra), mientras que la parte inocente resultaba víctima de la negligencia del primero, sin obtener reparación. Buscando una solución legal, Ihering, después de revisar casos similares al expuesto, encuentra como punto en común el que la culpa se cometió en el período previo a la formación del contrato; una de las partes ha sufrido un daño a consecuencia de una acción realizada por la otra mientras se contraía la relación contractual. De ahí que denominase su doctrina *culpa in contrahendo*.

Agrega el jurista alemán que esta *culpa in contrahendo* se encontraba admitida en el Corpus Iuris, en algunos casos particulares, ya referidos, como el de la nulidad del contrato de compraventa por vicios de la cosa vendida (como acontecía en el caso de ser inenajenable la cosa vendida), o por incapacidad de alguno de los contratantes, etc. En lo que se refiere a la extensión del monto de la indemnización, Ihering postula su famosa tesis del “*interés negativo*” (negative vertrags interesse) y del “*interés positivo*”.

Tomando como ejemplo un contrato de compraventa, el vendedor tendrá derecho a pedir, en virtud del interés positivo, todo lo que habría obtenido de haberse ejecutado el contrato, es decir, la diferencia de precio entre el valor de la cosa vendida y el precio de la venta. Así, en virtud de tal interés positivo, aunque dicho contrato se declare nulo y por ende no pueda ejecutarse, el vendedor, además

de recuperar las cosas que había entregado al comprador, tiene derecho a retener el mayor valor pagado por el comprador (dicho de otro modo, sólo debe restituir al comprador el valor efectivo de las cosas, pero no el excedente que constituía la ganancia).

En cambio, el interés negativo se traduce en obtener el resarcimiento de todos los gastos en que incurrió una de las partes, cuando la otra realizó una conducta negligente, como en el caso que planteábamos de las libras y quintales (es decir, gastos de embalaje, transporte, etc.).

En síntesis, el interés positivo o de cumplimiento, comprende lo que el acreedor hubiera obtenido en el negocio de haber sido éste válido, mientras que el interés negativo o de confianza consiste en el daño sufrido por una de las partes, al haber confiado en la validez del negocio<sup>60</sup>. Así, podría entenderse que el interés positivo se vincula con el lucro cesante, mientras que el interés negativo se vincula con el daño emergente. ¿Se indemnizan ambos o sólo uno de ellos? En verdad, Ihering no fue del todo claro, y ello ha llevado a conclusiones diversas en la doctrina. Para la mayoría, abarcaría ambas indemnizaciones. Para algunos autores, sólo el daño emergente.

En lo que se refiere al fundamento legal de la responsabilidad *in contrahendo*, que Ihering intenta precisar para aplicar por analogía la solución a otros casos no contemplados en el derecho romano, lo ubicaba en la esfera contractual. Brebbia resume los argumentos de Ihering de la siguiente manera<sup>61</sup>: descarta el jurista

---

<sup>60</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María. Ob. Cit., p. 836.

<sup>61</sup> BREBBIA, Roberto. Ob. Cit., p. 280.

alemán que se trate de una responsabilidad extracontractual, afirmando que ni la *actio de dolo* ni la *actio legis Aquiliae* podían servir de fundamento dentro del marco de la legislación romana, a la responsabilidad nacida antes de la celebración de un contrato. La *actio de dolo* debía descartarse, ya que en ninguno de los casos contemplados en la ley se exigía la presencia de tal elemento intencional para derivar la responsabilidad de alguno de los contratantes.

También había que desechar la acción derivada de la ley Aquilia, dado que no mediaban los requisitos que la misma establecía para que procediera el resarcimiento: daño visible, material, causado a objetos exteriores (cosas o personas). Descartada la responsabilidad extracontractual, Ihering analiza la responsabilidad contractual como fundamento de la *culpa in contrahendo*, concluyendo que tal era la que debía invocarse.

Frente a la objeción de que no podía nacer responsabilidad contractual si en definitiva el contrato no había nacido o si ello había ocurrido, había sido anulado, se responde que la declaración de nulidad del contrato o el hecho de que el mismo no haya podido perfeccionarse, no invalida todos los efectos del acto jurídico, sino únicamente aquellos que se refieren a la ejecución de las obligaciones contractuales.

El contrato nulo o no perfeccionado sigue produciendo otras obligaciones no vinculadas con la ejecución del convenio, como la restitución de las cosas entregadas por las partes, devolución de las arras, pago de las indemnizaciones que correspondan, etc. No cree Ihering que deba ser la buena fe de la parte damnificada la razón por la cual se le indemnice por un daño causado en el proceso de formación del contrato, pues la contraparte también podría haber actuado de buena fe al

realizar el hecho dañoso (como ocurrió con quien por error, y por ende sin mala fe, escribió quintales en vez de libras).

La verdadera razón ha de fundarse en la culpa en que incurre una de las partes, es decir, en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede librado al peligro de constituirse en víctima de la negligencia del otro. Tal deber de diligencia, comienza con la emisión de la oferta.

Por cierto, la conclusión de Ihering, en orden a encuadrar la *culpa in contrahendo* en la esfera de la responsabilidad contractual, es criticada por la doctrina moderna, por dos razones fundamentales:

- a) Porque se desprende de los textos romanos en los que se basó, que nos estaríamos moviendo en el campo extracontractual, pues el contrato ha nacido nulo; y
- b) Porque en los casos de compraventa de *res extra commercium*, hay dolo y no culpa<sup>62</sup>.

Con todo, sin perjuicio de compartir estas críticas, debe reconocerse el esfuerzo de Ihering por subrayar la necesidad de indemnizar a quien creía celebrar un contrato válido, aunque éste en definitiva no pudo prosperar, por contener una

---

<sup>62</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. Ob. Cit., p. 171.

causal de invalidez. Según veremos, la tesis de Ihering tuvo una recepción parcial, en el BGB o Código Civil alemán, del año 1900.

Gabriel Faggella, profundizará las ideas de Ihering. A diferencia del jurista alemán, Faggella, en su obra publicada en el año 1906 y que titula “*De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica*”, sitúa el inicio de una posible responsabilidad precontractual antes de la emisión de la oferta. La responsabilidad, para este autor, nace a partir del inicio de los tratos previos. Sostenía Faggella que en toda negociación, se distinguen dos períodos: el primer período, en el que las partes discuten, cambian ideas, proyectan el negocio, y que corresponde a las tratativas previas.

Este primer período, a su vez, se subdivide en dos momentos: el primer momento, cuando el negocio es “*concebido*” en abstracto por los interesados, y que corresponde a las tratativas previas propiamente tales; luego, el segundo momento, cuando dicho negocio deja de ser algo abstracto y los interesados buscan concretarlo, elaborando la oferta; como refiere Brebbia<sup>63</sup>, en este segundo momento del primer período, cada parte, enterada de la exigencia de la otra, hace un balance de la situación, pasa revista a los puntos sobre los que en principio existe acuerdo y entonces, una de ellas, generalmente la que ha tomado la iniciativa de las negociaciones, se encarga de redactar una oferta definitiva. De esta forma, el primer período concluye al emitirse por una de las partes la oferta.

---

<sup>63</sup> BREBBIA, Roberto. Ob. Cit., p. 282.

El segundo período, es aquél en que se define el negocio mediante la manifestación de una oferta en firme y su posterior aceptación. En este segundo período también se observan dos momentos: el primer momento, que va desde el análisis de la oferta hecho por su destinatario y se extiende hasta su aceptación; y el segundo momento, que transcurre desde la aceptación hasta el cumplimiento del contrato<sup>64</sup>. Este primer momento del segundo período, en el cual el lazo que une a las partes se ha estrechado más aún, y por ende en el que el grado eventual de responsabilidad por la ruptura de las negociaciones se hace más acentuado<sup>65</sup>, también podría cesar al producirse la ruptura o desacuerdo de las partes, que impide la formalización del contrato.

Después de precisar Faggella estos dos períodos y cuatro momentos (tres de los cuales forman parte, propiamente, de las relaciones precontractuales), determina el autor italiano las consecuencias jurídicas que se derivan de los mismos, mientras el contrato aún no se perfecciona. Para ello, plantea dos puntos de vista, uno negativo y otro positivo, según se trate de los resultados que no ocasionarán o que nacerán a consecuencia de las negociaciones preliminares.

Los resultados negativos se manifiestan por el hecho que las partes mantienen, a través de todo el período precontractual, el derecho a revocación o retractación de las ofertas u contraofertas hechas. Se trata del reconocimiento del *ius revocandi*. Los resultados positivos dicen relación con la responsabilidad civil emergente de los hechos realizados por las partes en el período precontractual.

---

<sup>64</sup> Citado por SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. Ob. Cit., p. 85.

<sup>65</sup> BREBBIA, Roberto. Ob. Cit., p. 282.

Para Faggella, el solo hecho de entrar en negociaciones en vista de la formación de un contrato constituye un hecho colocado bajo la protección de un derecho. Si bien es cierto que las partes pueden separarse en cualquier momento de las negociaciones, la ruptura intempestiva de las mismas puede originar responsabilidad cuando de la misma se derivan daños. Se considera que ha habido retiro intempestivo siempre que una de las partes pone fin a las tratativas sin que éstas hayan seguido su curso normal, es decir, no hayan culminado con la celebración del contrato o en la ruptura definitiva por falta de acuerdo.

Ahora bien, el fundamento de esta responsabilidad no se encuentra en la culpa, como creía Ihering, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Tal violación puede existir sin que haya dolo o negligencia, siendo suficiente una trasgresión arbitraria, sin motivo, de las tratativas<sup>66</sup>. Boffi sintetiza las ideas de Faggella en los siguientes términos:

- a) En el período previo al nacimiento del contrato, se visualizan los dos períodos ya mencionados;
- b) El fundamento de la eventual responsabilidad, no es la culpa, sino la trasgresión del acuerdo para entablar negociaciones. Dicha trasgresión puede acontecer sin dolo o culpa;
- c) La indemnización sólo debe cubrir los gastos reales en que incurrió uno de los partícipes y no el lucro cesante<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*, pp. 282-283.

<sup>67</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María. *Ob. Cit.*, p. 836.

Será el jurista francés Raymond Saleilles quien en el año 1907, empleará por vez primera la expresión “*responsabilidad precontractual*”. Para Saleilles, el fundamento de la obligación de indemnizar por parte de aquel que causó un daño al retirarse arbitrariamente de las negociaciones previas al contrato, se encuentra en haberse creado por la voluntad (de quien se retiró) una seguridad parcial que nació en el otro partícipe de las negociaciones de celebrar efectivamente el contrato. La extensión de esta obligación de indemnizar que recae en el que generó esta seguridad y después se retiró de la negociación, debe buscarse en los usos y la equidad comerciales<sup>68</sup>.

Para Saleilles, las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato tienen desde el primer momento la obligación de obrar conforme a la equidad comercial y a la buena fe. Existe por tanto retiro intempestivo de las tratativas cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial. Será esa violación y no la idea de culpa la que determinará las condiciones y extensión del resarcimiento.

En este punto, Saleilles coincide con Faggella. Distingue el autor francés, que el resarcimiento debe limitarse a los gastos efectivamente producidos a raíz de las tratativas, si no se llegó a emitir la oferta por una de las partes; por el contrario, cuando la oferta fue emitida, en ciertos casos particulares Saleilles admite de que el aceptante pueda exigir el cumplimiento del contenido de la prestación, es decir, su

---

<sup>68</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., p. 42.

ejecución real (por ejemplo, cuando el oferente se comprometió, al emitir la oferta, a mantenerla dentro de un plazo y la revoca antes de su vencimiento)<sup>69</sup>.

La doctrina moderna, postula de esta manera que puede existir una responsabilidad previa al nacimiento del contrato, que genéricamente se denomina “*precontractual*” y que nace al cumplirse con los siguientes requisitos:

- a) Que haya existido un acuerdo de entablar negociaciones, con miras a la celebración de un contrato.
- b) Que el retiro de las negociaciones por una de las partes sea arbitrario, es decir, que carezca de un fundamento jurídico.
- c) Que el retiro de las negociaciones haya causado perjuicio a la otra parte<sup>70</sup>.

#### **4.1.4. Las etapas del proceso contractual, para la doctrina moderna**

Esta nueva doctrina sostiene entonces que existe un período precontractual y le reconoce importancia jurídica en todas sus etapas. Se distinguen al efecto las siguientes etapas en el proceso contractual:

- a. De los tratos negociales previos o negociaciones preliminares.
- b. De la oferta.
- c. Del cierre de negocio.
- d. Del contrato preparatorio.
- e. Del contrato definitivo.

---

<sup>69</sup> BREBBIA, Roberto. Ob. Cit., p. 283.

<sup>70</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. Ob. Cit., p. 93.

Las etapas enumeradas no revisten importancia tratándose de contratos instantáneos. En cambio, estas fases sí pueden concurrir en los contratos de formación progresiva<sup>71</sup>, representan el trayecto que la voluntad de las partes puede recorrer para perfeccionar un contrato. Las revisaremos someramente, indicando, en cada caso, qué ha estimado la doctrina acerca del fundamento de la responsabilidad que pudiere surgir en cada una de ellas, es decir, si se trata de casos de responsabilidad contractual (como sostenían Ihering, Faggella y Saleilles), o de una responsabilidad extracontractual, o responsabilidad legal, o basada en una declaración unilateral de voluntad o en un caso de abuso del derecho, advirtiendo que la doctrina tradicional chilena, se inclinó en términos generales por la segunda tesis<sup>72</sup>.

#### **4.1.4.1. De los tratos negociales previos o negociaciones preliminares.**

a) Concepto: para Rosende<sup>73</sup>, se denomina etapa de la negociación preliminar al período en que las partes desarrollan una multiplicidad de conductas tendientes a conocer sus puntos de vista respecto de un negocio que se proyecta, sin que por ello se entiendan quedar obligadas.

Para Saavedra, las negociaciones preliminares consisten en *“las propuestas a negociar que anteceden a un contrato, por medio de las cuales los interesados, sin obligarse aún, se comunican recíprocamente su intención de convenir un*

---

<sup>71</sup> Que no debemos confundir con los contratos de ejecución progresiva, pues en éstos, no se atiende al tiempo requerido para que el contrato nazca, sino al tiempo estipulado para que el contrato se cumpla.

<sup>72</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., p. 42.

<sup>73</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. Ob. Cit., p. 33.

*negocio jurídico y analizan cuál podría ser el contenido del contrato a concluir y apreciar la conveniencia o no, de llegar a formalizarlo”<sup>74</sup>.*

b) Forma de iniciarlos: como señala Rosende, los tratos suelen iniciarse en el instante en que las partes se ponen en contacto por primera vez y con miras a conversar y analizar, en el terreno de las meras expectativas, las condiciones de un negocio futuro. Para que se pueda hablar de tratos, es necesario que el contacto entre las partes no se haya producido en virtud de la oferta; esto obedece a que en este período, las partes no persiguen la creación de obligaciones entre ellas, sino la mera discusión sobre diversos puntos relativos al contrato cuya celebración se pretende y que tendrá por fin inmediato la elaboración de una oferta y su manifestación por el futuro oferente<sup>75</sup>.

Los tratos constituyen la fase exploratoria del consentimiento, en la que las partes buscan los acuerdos mínimos y esenciales para el futuro contrato sin adentrarse aun en el terreno obligatorio de la formación del consentimiento, que se inicia con la emisión de la oferta.

c) Terminación: la duración de los tratos depende de las circunstancias que los rodean. En caso de controversia, corresponderá al juez, en cada caso particular, tras ponderar las circunstancias específicas, determinar cuándo ha habido realmente ruptura de tratativas. No obstante, es posible indicar algunos casos en los que se deben entender concluidos los tratos:

---

<sup>74</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. Ob. Cit., p. 84.

<sup>75</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. Ob. Cit., pp. 33-34.

- Cuando se ha materializado la intención que tenían las partes al iniciar los tratos, esto es, cuando se formula la oferta;
- Con mayor razón, cuando se celebra el contrato;
- Cuando una de las partes ha decidido desistirse unilateralmente de ellos; y
- Cuando las partes, de común acuerdo, estiman conveniente poner término a las conversaciones<sup>76</sup>.

d) Naturaleza jurídica de los tratos negociales previos: la doctrina adopta diversas posiciones al precisar la naturaleza de las negociaciones preliminares. Hay quienes niegan su trascendencia jurídica, adhiriendo aún a los postulados de la doctrina clásica, y los califican de meros hechos sociales, que no engendran obligaciones jurídicas de ninguna especie. Otros, por el contrario, que integran la inmensa mayoría de la doctrina moderna, les reconocen una naturaleza jurídica, pero difieren en cuanto a su carácter. En esta última corriente doctrinaria, algunos sostienen que se trataría de convenciones preliminares, en tanto que otros, incluyen a los tratos dentro del concepto genérico de negocios jurídicos preparatorios.

Estima Rosende que es impropio hablar de convenciones preliminares o de negocios jurídicos preparatorios, puesto que ellos entrañan la intención de obligarse, elemento que no existe en el período de las tratativas. Agrega este autor que en este período no estamos en presencia de un acto jurídico. Cabe preguntarse entonces si nos encontramos ante un hecho material o ante un hecho jurídico. En opinión de este autor, los actos ejecutados en esta fase son hechos jurídicos, esto es, actuaciones voluntarias del hombre que no persiguen efectos jurídicos

---

<sup>76</sup> *Ibíd.* p. 34.

inmediatos, pero cuyo objetivo final se encuentra en la esfera obligatoria y que, en determinados casos y circunstancias, pueden engendrar obligaciones<sup>77</sup>.

Saavedra, por su parte, destaca que se trata de una relación jurídica especial, orientada al perfeccionamiento de un contrato futuro, de manera que no puede afirmarse que se trate de una etapa negocial irrelevante para el Derecho. Si bien todavía no existe una relación obligatoria, el solo hecho de ponerse socialmente en contacto crea para ambas partes un deber recíproco de lealtad y de probidad prenegocial, que impone deberes no sólo negativos sino también positivos, consistentes en revelar la realidad de las cosas<sup>78</sup>.

e) Distinción entre los tratos negociales previos y las figuras afines de la oferta y el precontrato: para Rosende<sup>79</sup>, existen tres elementos que sirven para diferenciar los tratos de otras figuras jurídicas similares como las dos mencionadas: la finalidad de la voluntad; el contenido de la volición; y los efectos que dicha voluntad es capaz de producir.

- Diferencias entre los tratos negociales previos y la oferta:
  - En cuanto a la **finalidad**: en las negociaciones, las partes pretenden, en lo inmediato, la elaboración y formulación de una oferta. En la oferta, la finalidad perseguida es obtener la aceptación para concluir el contrato.
  - En cuanto al **contenido**: los tratos persiguen elaborar las bases de una oferta; se trata de que las partes se ubiquen en las condiciones

---

<sup>77</sup> *Ibíd.* pp. 35-36.

<sup>78</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 86.

<sup>79</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. *Ob. Cit.*, pp. 36-55.

hipotéticas en que podrá celebrarse el contrato, gozando siempre de absoluta libertad para cambiar de parecer. En cambio, el proponente formula la oferta con la intención de obligarse en los términos en que está concebida.

- En cuanto a los **efectos**: en los tratos, el único efecto jurídico a que pueden dar origen es la responsabilidad emanada de un daño provocado por la conducta de alguna de las partes. Distintos son los efectos de la oferta, pues por una parte la responsabilidad puede ser mayor, y por otra su consecuencia probable será el nacimiento del contrato.

Saavedra, por su parte, destaca las siguientes diferencias entre los tratos negociales previos y una oferta:

- Los tratos negociales pueden existir o no, como fase preliminar a un determinado acto jurídico; en cambio, la oferta es un elemento esencial que no puede faltar en todo contrato.
- La importancia de los tratos negociales previos es muy relativa y dependerá de cada caso concreto; en cambio, la oferta tiene siempre una importancia fundamental, porque determina el contenido de la aceptación.
- Los tratos negociales previos pueden referirse sólo a un aspecto del contrato. La oferta, en cambio, debe ser completa, debe cubrir todos los puntos que formarán el contenido del contrato<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. Ob. Cit., p. 89.

- Diferencias entre los tratos negociales previos y los precontratos:
  - En cuanto a la **finalidad**: también en este caso el factor que distingue a una y otra figura es el elemento intencional, pues mientras en los tratos preliminares no existe la intención de obligarse, esta intención constituye la esencia y finalidad de los precontratos. Así, por ejemplo, una de las especies de precontrato, la llamada promesa de contrato, es una convención como cualquier otra, en virtud de la cual las partes se obligan con el fin de celebrar un contrato futuro.
  - En cuanto al **contenido**: el contrato preparatorio difiere de los tratos, en que en el primero las partes han convenido en lo sustancial y ello consta en un contrato, mientras que en los tratos la conformidad de pareceres es precaria y por ello no se refleja en un documento definitivo.
  - En cuanto a los **efectos**: el precontrato obliga a celebrar un contrato futuro o a solucionar una situación jurídica aún no determinada. En los tratos, sólo existe un esquema hipotético que llegará a ser contrato cuando las partes presten su consentimiento a cada una de sus cláusulas<sup>81</sup>.

f) Etapas de las negociaciones preliminares: según su grado de desarrollo, las negociaciones preliminares se dividen en dos etapas:

*Primera etapa: de las negociaciones propiamente tales*: se denomina como tal a todo el período anterior a la oferta. Indica las actuaciones de las partes sin

---

<sup>81</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. Ob. Cit., p. 37.

intención de obligarse y que se refieren a las discusiones, intercambios de puntos de vista y al sondeo de los intereses de cada negociante.

*Segunda etapa: de la puntualización:* es una etapa más avanzada, en la cual las partes dejan constancia de los puntos esenciales sobre los cuales están de acuerdo en principio, aunque existan diferencias en otros elementos del futuro contrato, ya sea de la naturaleza o accidentales. Esta etapa se concreta en la emisión de una **minuta** o borrador, que es un documento en el cual las partes dejan expresa constancia de los acuerdos alcanzados hasta ese punto, aunque todavía existan aspectos en los cuales difieran. Se trata de ir dejando constancia de los acuerdos que las partes progresivamente van alcanzado durante la negociación, con el objeto de simplificar las conversaciones posteriores<sup>82</sup>. Se podría sostener que la puntualización es una especie de pre-oferta, un documento que sienta las bases de algunas de las materias que integrarán la oferta, y en las que, desde ya, concuerdan quienes están negociando.

Se ha debatido el valor jurídico de la *puntualización*. En la legislación alemana se le reconoce eficacia, confiriéndose valor jurídico a un documento en el que constan los acuerdos sobre los elementos esenciales del contrato, aunque subsistan diferencias en lo relativo a elementos accidentales. No ocurre lo mismo en el derecho chileno. La razón primordial para negar valor jurídico a dichos acuerdos reside –a la luz de nuestra legislación- en que mal podría ser obligatorio un acuerdo esencialmente precario, más aún habida cuenta que las partes se obligan realmente a partir de la oferta. En nuestro derecho, la *puntualización* o minuta no

---

<sup>82</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. Ob. Cit., p. 88.

es más que un documento preparado por las partes, con el propósito de ordenar el debate sobre el negocio propuesto.

En tal sentido, nuestra Corte Suprema ha fallado que una escritura que contiene espacios en blanco que dan testimonio que no ha habido acuerdos acerca de lo que debe estamparse en ellos, importa un proyecto de contrato, un contrato en elaboración no redondeado y concluido en todos sus detalles, y en consecuencia, para dejarlo totalmente terminado, es menester proceder con el acuerdo unánime de todos los otorgantes<sup>83</sup>.

Pero no se puede, a juicio de Rosende, cerrar completamente la puerta a la trascendencia o valor jurídico de la puntualización. Como señala Rosende, “...*la solución puede no ser idéntica en todos los casos, pues es posible que las partes hayan estimado en realidad que el contrato se ha formado con la puntualización, pues ésta contiene todo lo que es auténticamente sustancial para el fin que se ha propuesto, y sólo han dejado al margen aspectos o modalidades que se complementarán con la obtención de un antecedente pendiente o con la aplicación de disposiciones legales supletorias del silencio de las partes, o con la buena fe creadora que debe regir el período de formación del consentimiento. En estos casos excepcionales, debe estimarse, pues, que el acuerdo básico preliminar constituye un contrato perfecto, circunstancia que deberá ser apreciada en todo caso por los Tribunales de Justicia*”<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. Ob. Cit., pp. 38-39.

<sup>84</sup> *Ibíd.* p. 39.

Por lo demás, así pareció entenderlo la Corte Suprema, que en un fallo de 23 de noviembre de 1970, pareció reconocer la existencia de un contrato válido, “...*en presencia de una escritura pública firmada por las partes, pero en la que existían carillas en blanco destinadas a insertar comprobantes de impuestos, contribuciones y de pavimentación*”<sup>85</sup>.

g) Fundamento de la responsabilidad que puede originarse en los tratos negociales previos: cabe distinguir, según si había o no convención que regulaba las tratativas. Dicho de otro modo: las partes pueden o no fijar previamente las reglas conforme a las cuales, iniciarán sus tratativas (así, por ejemplo, se estipula que las bases propuestas por una de las partes, deberán enviarse a determinados correos electrónicos o domicilios; que los documentos o anexos deberán adjuntarse en determinado formato; y que el receptor contestará en cierto plazo, etc.). Si había convención, entonces habrá que aplicar la responsabilidad **contractual**. Si no la había, deberá aplicarse la responsabilidad **extracontractual**.

h) Importancia de los tratos negociales previos: destaca Saavedra<sup>86</sup> que los tratos negociales previos tienen importancia por las siguientes razones:

- Porque al contar las partes con una mayor y mejor información, pueden formarse un adecuado juicio de valor sobre la conveniencia o no de celebrar un contrato.

---

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. *Ob. Cit.*, pp. 86-87.

- Porque las partes, sin obligarse aún, pueden explorar tranquilamente las mejores condiciones, mediante la búsqueda de los acuerdos mínimos que les permitan alcanzar un futuro contrato.
- Porque de acuerdo al criterio imperante, durante esta etapa las partes están protegidas por una responsabilidad precontractual.
- Porque el intercambio de puntos de vista entre las partes, puede coadyuvar a una mayor interpretación del negocio jurídico que en definitiva se logre alcanzar. Complementando lo planteado por Saavedra, cabe tener presente aquí lo dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil, que privilegia, por sobre lo literal de las palabras empleadas por los contratantes, su intención. Esta, puede haberse reflejado claramente en los documentos intercambiados durante los tratos negociales previos. También podría incidir en la segunda hipótesis contemplada en el artículo 1566 del Código Civil, al interpretarse las cláusulas ambiguas que hayan sido dictadas por una de las partes, en contra de ella, si la ambigüedad proviene de una falta de explicación que haya debido darse por ella.

#### **4.1.4.2. De la oferta**

No ahondaremos en aspectos de la oferta, que corresponden al estudio de la Teoría del Acto Jurídico, sino sólo en un par de puntos vinculados con la responsabilidad precontractual y en lo que respecta al fundamento de la responsabilidad.

a) Importancia de la oferta entre los precontratantes: al emitirse la oferta, no sólo opera un cambio fundamental en la naturaleza de las relaciones entre las partes, sino que, además, se produce una ampliación en el círculo de intereses merecedores de protección legal. En relación con el cambio de naturaleza de las actuaciones de las partes, téngase presente que mientras las negociaciones preliminares se traducen en hechos jurídicos sin fuerza obligatoria, a partir de la oferta, en cambio, se constata la presencia de actos jurídicos, con los que se inicia la etapa vinculatoria en la gestación de los contratos. Varían también los intereses jurídicos merecedores de protección: dichos intereses ya no se circunscriben a respetar el patrimonio ajeno, ampliándose la esfera de protección al interés de seguridad en la conclusión del contrato e incluso la protección del interés de cumplimiento de la prestación contractual proyectada<sup>87</sup>.

b) Diferencias entre la oferta y el precontrato: la diferencia sustancial reside en la naturaleza jurídica de una y otro. En la oferta existe un acto jurídico unilateral, mientras que en el precontrato siempre habrá un acto jurídico bilateral, sin perjuicio de que éste suponga la celebración de un contrato definitivo que genere obligaciones para una o ambas partes, esto es, de que sea un contrato unilateral o bilateral. Por otra parte, cabe tener presente que el precontrato constituye una fase más avanzada en la formación del consentimiento desde el instante en que las partes han manifestado sus voluntades coincidentes en orden a celebrar el contrato proyectado, con la salvedad de que reservan la celebración de dicho contrato para un momento posterior. En la oferta, en cambio, existe una sola manifestación de

---

<sup>87</sup> ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. Ob. Cit., p. 40.

voluntad, la del oferente, que busca la voluntad del destinatario para formar el consentimiento, pero que dependerá de una condición suspensiva, esto es que el destinatario acepte pura y simplemente la oferta<sup>88</sup>.

c) Fundamento de la responsabilidad generada por la oferta: la materia se encuentra resuelta en nuestro Derecho. Al efecto, cabe tener presente lo dispuesto en los artículos 98 y 100 del Código de Comercio. Conforme al artículo 98, puede nacer responsabilidad de indemnizar por el oferente, cuando éste omitió avisar de su revocación al destinatario de la oferta, y el último aceptó extemporáneamente. En este caso, habría que aplicar las normas de la responsabilidad **extracontractual**, ya que no existe vínculo preexistente, desde el momento en que el oferente se retractó de su propuesta.

El artículo 100 del Código de Comercio, por su parte, consagra la responsabilidad que puede pesar sobre quien se retractó tempestivamente de su oferta, cuando el destinatario de la misma incurrió en gastos o se le producen perjuicios. Aquí, estaríamos ante un caso de responsabilidad **legal**.

#### **4.1.4.3. Del cierre de negocio**

a) Concepto: suele proceder cuando se trata de contratos que, además del consentimiento, requieren la realización de formalidades. Si bien la oferta ha sido aceptada, el contrato aún no se perfecciona. Se trata entonces de una eventual etapa intermedia, entre la aceptación de la oferta y la conclusión del contrato, en la que las partes suscriben el “*cierre de negocio*”. Así, por ejemplo, cuando las dos partes

---

<sup>88</sup> *Ibíd.*, pp. 46-47.

suscriben, por separado, con un corredor de propiedades, un cierre de negocio, comprometiéndose a suscribir la escritura de promesa o derechamente la de compraventa de un inmueble en un cierto plazo.

b) Fundamento de la responsabilidad: a juicio de Rosende, habría aquí una responsabilidad cuasicontractual (hecho voluntario no convencional que produce obligaciones), que se regiría por las reglas de la responsabilidad contractual. Corral disiente, señalando que “...no parece sencillo visualizar un verdadero cuasicontrato, ya que existe una convención (oferta aceptada). Por ello su incumplimiento originará responsabilidad contractual, pero siempre y cuando sea reconocido (el cierre de negocio) como válido y eficaz como convención innominada”. Si así no ocurriera, agrega Corral que la responsabilidad por la ruptura del cierre de negocio sería extracontractual por violación del principio general de la buena fe<sup>89</sup>.

#### **4.1.4.4. Del contrato preparatorio**

a) Concepto: contrato preparatorio o preliminar es aquel mediante el cual las partes estipulan que en el futuro celebrarán otro contrato, que por ahora no pueden concluir o que está sujeto a incertidumbre, siendo dudosa su factibilidad<sup>90</sup>. Al decir de Fernando Fueyo, es una vinculación, nacida de contrato, cuya eficacia, en el querer de las partes, es sólo preliminar o previa, puesto que lo que se intenta es una relación futura y definitiva, la cual, ordinariamente, es entre las mismas partes concertantes. Mediante el contrato preparatorio, las partes que no pueden obtener

---

<sup>89</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., p. 43.

<sup>90</sup> LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General*. T. I. 2da. Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 160.

de inmediato el resultado económico que esperan, quedan vinculadas jurídicamente y pueden mientras tanto resolver las dificultades legales, financieras, etc., hasta que una vez subsanadas, puedan celebrar el contrato definitivo y satisfacer plenamente sus intereses.

b) Clases de contratos preparatorios.

Según la doctrina, se clasifican en generales y especiales. Entre los **contratos preparatorios generales** de más ordinaria ocurrencia se encuentran:

- El contrato de promesa de celebrar contrato (artículo 1554);
- El contrato de opción (según Fueyo, es aquel que consiste en la oferta unilateral de contrato que formula una de las partes, de manera temporal, irrevocable y completa, en favor de la otra que de momento se limita a admitirla, reservándose libremente la facultad de aceptarla);
- El contrato de corretaje o mediación (en este caso, la obligación que asume una de las partes es con el corredor o intermediario, y no con la otra parte actual o futura, con la que celebrará el contrato definitivo);
- El contrato de negociación (entendido como aquél destinado a regular los tratos negociales previos).

Entre los **contratos preparatorios especiales**, son los más usuales:

- En el ámbito procesal, el contrato preparatorio de arbitraje o cláusula compromisoria (se acuerda someter un litigio, actual o eventual, a la jurisdicción arbitral, sin designarse todavía al árbitro);
- El pacto o promesa de preferencia;

- La compraventa con pacto de retroventa (que para la mayoría de los autores, es una venta bajo condición resolutoria ordinaria: artículo 1881 del Código Civil);
- El contrato de apertura de crédito o línea de crédito (en su virtud, un Banco, por ejemplo, se obliga a proporcionar préstamos en favor de cierta persona, fijándose desde ya la tasa de interés, los plazos máximos de vencimiento y demás particularidades de los mutuos, cumplida que sean por el futuro mutuario determinadas condiciones, usualmente la constitución de garantías, el alzamiento de garantías constituidas en favor de otro acreedor, presentación de balances, estados de situación patrimonial, etc.); y
- El contrato de suscripción de acciones de una sociedad anónima en formación.

c) Fundamento de la responsabilidad: si ya se acordó el contrato preparatorio, la responsabilidad que origine su incumplimiento será contractual. Tal ocurre, por ejemplo, con el incumplimiento de un contrato de promesa.

#### **4.1.4.5. Del contrato definitivo**

Contrato definitivo es aquel que se celebra cumpliendo con la obligación generada por el contrato preparatorio. Tal obligación es de hacer, y consiste en suscribir, dentro de un plazo o si se cumple una condición, el futuro contrato. En tal caso, los incumplimientos serán resueltos de conformidad con las normas de la responsabilidad contractual por infracción del contrato.

#### **4.1.5. Interés jurídicamente protegido en la responsabilidad precontractual**

De lo expuesto, se puede concluir que el interés jurídicamente protegido “está referido al daño sufrido por el partícipe damnificado por haber sido envuelto en negociaciones inútiles, a raíz del retiro intempestivo y arbitrario del otro partícipe o por el ocultamiento de situaciones que resulten ser, posteriormente, causas de nulidad del contrato resultante”<sup>91</sup>.

Se trata de participar entonces en forma correcta y leal en las negociaciones, lo que implica por ende **actuar de buena fe**. Como refiere De Los Mozos, citando a Castán Tobeñas, “...en la base de la formación del contrato hay ya para las partes un deber de lealtad recíproca y buena fe. Por regla general, la ruptura de los tratos no traerá consigo ninguna responsabilidad; más si llegadas las convenciones a un punto en que podía razonablemente esperarse la conclusión del contrato, y una de las partes se vuelve atrás sin motivo justificado, está obligada a responder a la otra, por su arbitrario proceder, de los gastos que haya hecho y de las pérdidas patrimoniales que haya sufrido”.

Agrega que ante el silencio legal (en el Código Civil español), “...cabe perfectamente aplicar el principio de la buena fe (...) al ser uno de los confortantes, no sólo del Derecho de obligaciones, sino de todo el orden jurídico y que obliga a las partes a no faltar a ella o contradecirla en los tratos previos a la perfección del contrato”<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. Ob. Cit., p. 93.

<sup>92</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. Ob. Cit., p. 169.

Para Saavedra, a modo ejemplar, constituyen conductas que no infringen este proceder de buena fe, o dicho en términos positivos, son conductas que están conformes al principio de actuar de buena fe, las siguientes:

- Participar en las negociaciones estando debidamente facultado para ello (cuando quien actúa, lo hace a nombre y en representación de otro).
- Que una de las partes no sea inducida a contratar mediante la entrega de informaciones falsas, erróneas, simuladas o incompletas.
- Que para la seguridad de las negociaciones se respeten los acuerdos de confidencialidad que se hubieren adoptado y se custodien diligentemente los documentos entregados.
- No haber ocultado hechos que podrían acarrear luego la nulidad o la ineficacia de lo acordado.
- Que las negociaciones no se prolonguen deliberadamente para luego contratar con otro.
- Que no se realicen actos disfuncionales que entorpezcan o que encarezcan inútilmente las negociaciones.
- Que una de las partes no se sustraiga o retire arbitraria o injustificadamente de las negociaciones.
- Que no se revoquen propuestas que se había prometido que no serían retiradas, etc.<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. Ob. Cit., p. 94.

#### 4.1.6. Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual

La doctrina ha discutido, esencialmente, si la responsabilidad precontractual ha de fundarse en las reglas de la responsabilidad contractual (habiendo culpa, a juicio de algunos; o sin necesidad de que exista culpa, según otros), o por el contrario, en aquellas propias de la responsabilidad extracontractual. Pero junto a estas dos grandes corrientes, ha habido autores que han buscado otro fundamento, como en el abuso del derecho, en la declaración unilateral de voluntad o sencillamente en la ley.

**Ihering**, según vimos, postulaba que debían aplicarse las reglas de la responsabilidad contractual, lo que se explicaba, pues para él, dicha responsabilidad sólo podía nacer después de haberse formulado la oferta. Agregaba que el supuesto de la responsabilidad, era una actuación culpable de una de las partes. En síntesis, para el autor alemán, la responsabilidad precontractual se fundaba en la **culpa contractual**.

**Faggella**, en cambio, no funda la responsabilidad precontractual en la culpa, sino en el solo hecho de entrar las partes en negociaciones en vista de la formación de un contrato, produciéndose después una ruptura injustificada e intempestiva de ellas, sin esperar su término natural.

**Saieilles** apoya la tesis planteada por Faggella, reiterando que la responsabilidad precontractual es independiente de toda noción de culpa, fundando dicha responsabilidad en el retiro intempestivo de una de las partes, retiro que viene a ser violatorio del acuerdo expreso o tácito que habían concluido las partes, en

orden a entablar negociaciones. Este retiro, hecho sin esperar que concluyeran en forma normal las tratativas (fuere contratando, fuere desechando ambas partes contratar) viene a constituir un hecho atentatorio a los principios de equidad y seguridad comercial<sup>94</sup>.

Ripert y Josserand, por su parte, planteaban que el fundamento de la responsabilidad precontractual debía entenderse desligado de la idea de culpa y que debía encontrarse en un acto arbitrario que configura “un abuso del derecho de no contratar”<sup>95</sup>.

Como señala Picasso, que adhiere al abuso del derecho como factor de atribución de responsabilidad, “La culpa como factor de atribución no resulta en principio aplicable a quien ejerce un derecho suyo. La culpa presupone ilicitud en la conducta, y resulta por lo tanto incompatible con el ejercicio de una facultad conferida por la ley al dañador. El abuso del derecho, por el contrario, presupone el ejercicio de un derecho por parte del responsable, aún cuando, por ejercerse en contra de los fines tenidos en cuenta por la ley, o exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres, dé lugar de todos modos a la reparación del daño. En otras palabras, los derechos no se ejercen culpable o inculpablemente, sino en forma regular o antifuncional. No cabe duda de que cualquiera de las partes, en uso de su libertad de contratación tiene, en principio, un verdadero derecho de apartarse de las tratativas en cualquier momento. Siendo ello así, cuando esta facultad es ejercida „injustamente“, cabe responsabilizar al agente

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*, pp. 95-96.

<sup>95</sup> *Ibíd.*

con base en el abuso del derecho como factor de atribución.”<sup>96</sup> Ahora bien, agrega Picasso que el exceso de los límites impuestos por la buena fe es precisamente una de las pautas que sirven para evaluar la existencia del abuso del derecho, cuestión objetiva y no subjetiva, desde el momento que puede haber abuso del derecho sin culpa. Ahora bien, como en principio las partes tienen plena libertad para contratar o no, la regla será que ellas puedan apartarse en cualquier momento de las tratativas, y quien invoque la mala fe o el abuso del derecho, deberá demostrarlo<sup>97</sup>.

La doctrina del abuso del derecho como fundamento de la responsabilidad precontractual ha sido cuestionada, sin embargo, señalándose que ella “...no explica adecuadamente el juego de la responsabilidad en las tratativas, donde las partes no tienen una sobre la otra ningún derecho, sino que pesa sobre ambas la obligación de guardar una conducta diligente, ni tampoco durante la etapa posterior, en los casos de muerte e incapacidad sobreviviente del solicitante”<sup>98</sup>.

Algunos autores han propuesto como fundamento de la responsabilidad precontractual simplemente a **la ley**. Se afirma que la responsabilidad del oferente que retira su oferta, es un caso de **responsabilidad legal**. La obligación del oferente no se funda en realidad en la voluntad del que efectuó la declaración, pues el Derecho la impone aún contra esa misma voluntad. Es la ley la que quiere que quien recibe una oferta pueda tener confianza en arribar a la conclusión de un contrato en base a ella, si media aceptación. Este criterio doctrinario ha sido criticado, pues “...como todos aquellos que pretenden dar sustento teórico a una institución

---

<sup>96</sup> PICASSO, Sebastián. Ob. Cit., p. 87.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> BREBBIA, Roberto. Ob. Cit., p. 284.

apoyándose solamente en la voluntad de la ley, no otorga en realidad fundamento jurídico alguno a los casos de responsabilidad precontractual”<sup>99</sup>.

Hay también quienes han propuesto, como fundamento de la responsabilidad precontractual, a la **declaración unilateral de voluntad**, que en algunos casos, puede operar como una fuente de las obligaciones. En el derecho chileno, se podría sostener que tal es el fundamento de la llamada “oferta que por sí sola obliga”, contemplada en el artículo 99 del Código de Comercio, esto es, aquella oferta en la que el proponente se compromete a esperar que transcurra determinado plazo, para que el destinatario de la oferta la acepte o rechace, inhibiéndose en el intertanto, de entrar en negociaciones con terceros.

El autor argentino Luis María Boffi, adhiere parcialmente a esta doctrina, al señalar que, a su juicio, dos son los fundamentos de la responsabilidad precontractual: la declaración unilateral de voluntad y la responsabilidad aquiliana. Plantea el siguiente ejemplo, que responde exactamente al caso del artículo 99 del Código de Comercio chileno, y que él funda en el artículo 1150 del Código Civil argentino, de tenor similar<sup>100</sup>:

“A emite una oferta pública de vender su casa y se compromete a mantener la oferta hasta el 15 de diciembre próximo. En el interregno retira la oferta y se niega a vender. Tenemos aquí clara y categóricamente un caso de declaración

---

<sup>99</sup> *Ibíd.*

<sup>100</sup> Artículo 1150: “*Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada*”.

unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones. No cabe la responsabilidad „contractual“ ni la „aquiliana“.

Agrega el autor argentino: “Pero si A comienza las tratativas y no ha dado base que entrañe una concreta obligación emanada de su voluntad, sea formando pacto con otra persona, fuere actuando con el énfasis propio de la decisión unilateral como fuente obligacional, entonces estamos ante la burla de la ley en cuanto ésta impone la „obligación de no hacer“ consistente en la de no dañar al prójimo<sup>101</sup>. Es el caso típico de las tratativas preliminares (...) donde no hay decisión privada lícita de donde emane una obligación. Pero es también el caso de ofertas revocables del artículo 1150, primera parte, ofertas que no llegan a ser declaraciones unilaterales de voluntad que pudiesen constituir fuente de obligaciones”<sup>102</sup>.

En este segundo caso, el fundamento de la responsabilidad ha de buscarse en la responsabilidad aquiliana. El mismo fundamento opera, cuando se trata de la responsabilidad que emana de un acto que resulta nulo. Al respecto, no olvidemos que Ihering elabora su doctrina a partir de casos de contratos nulos, comentados por los juristas romanos. En el caso del Código Civil argentino, Boffi cita el artículo 1056, que reza: “Los actos anulados aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.” Concluye entonces Boffi: “...un acto con pretensiones de „jurídico“, aunque no llegue a serlo porque se le haya aplicado la sanción anulatoria, puede dar lugar a otras sanciones como la

---

<sup>101</sup> Que el Código Civil chileno consagra, como en el artículo 2314.

<sup>102</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María. Ob. Cit., p. 837.

indemnización en virtud de constituir, además de acto jurídico frustrado, un acto ilícito. La responsabilidad sería „aquiliana“, lo que presupone la existencia de dolo o culpa”.

En todo caso, advierte Boffi que en ciertos casos, la nulidad de un contrato no hace nacer responsabilidad para ninguna de las partes, como ocurre con aquél celebrado por dos dementes<sup>103</sup>. En el derecho chileno, no hay una norma similar a la del artículo 1056 del Código Civil argentino, pero estimamos que también podrá pedir una de las partes la reparación de los perjuicios, considerando que de conformidad al artículo 1687, tiene derecho a ser restituida al estado anterior al de la celebración del contrato, y ello incluye ser resarcido entonces de todos los perjuicios que el acto frustrado le hubiere provocado.

Ahora bien, como la declaración de nulidad implica que no hubo contrato, la responsabilidad no podría ser contractual, sino aquiliana. Sobre este particular, Pablo Rodríguez Grez, a propósito de la Ley de Matrimonio Civil, ha planteado la eventual procedencia de la indemnización de perjuicios por daños morales, que alegue uno de los ex presuntos cónyuges, cuando el matrimonio se declara nulo. Así, tratándose de la nulidad del matrimonio, sería una causal que justifique reclamar el pago de tal indemnización, por ejemplo, el ocultamiento por uno de los cónyuges de un trastorno o anomalía psíquica que fehacientemente comprobada, impida absolutamente formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; o el haber hecho creer al otro contrayente que se tenía una cualidad personal que, atendida la naturaleza y fines del matrimonio, fue determinante para otorgar el

---

<sup>103</sup> *Ibíd.* pp. 837-838.

consentimiento; o el haber empleado la fuerza; o el haber omitido la circunstancia de existir un vínculo matrimonial no disuelto<sup>104</sup>.

Se deduce entonces del planteamiento de Boffi, que cronológicamente, primero aparece como fundamento la responsabilidad aquiliana, que actúa desde el inicio de las tratativas; se aplica al producirse la emisión de una oferta sin que el proponente se auto- imponga un plazo para esperar la respuesta del destinatario; y se extiende también a la eventual responsabilidad de una de las partes tras la anulación de un contrato. En cambio , si se emite una oferta obligándose el oferente a esperar el transcurso de un plazo antes de revocarla, el fundamento de su responsabilidad, en caso de retirar la oferta antes de la extinción de dicho plazo, será la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones.

Roberto Brebbia, por su parte, también estima que el fundamento de la responsabilidad precontractual, tratándose de aquella que puede nacer durante las tratativas preliminares, es la culpa extracontractual o aquiliana. Subraya que no es necesariamente la fuente de la responsabilidad la ruptura intempestiva o arbitraria de las negociaciones (como postulaba Faggella) ni la violación de los usos impuestos por la equidad comercial (como afirmaba Saleilles), sino que es la **actividad culposa** de una de las partes intervinientes en las negociaciones, la que puede originar para ella responsabilidad (como señalaba Ihering).

Plantea el siguiente ejemplo: “Si A, residente en Buenos Aires, pide a B, que vive en Tucumán, baje a la ciudad primeramente citada para negociar un convenio

---

<sup>104</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Ley de Matrimonio Civil - Nuevas Tendencias en el Derecho Civil*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 2004, pp. 48-49.

y a su llegada, sin siquiera acordarle audiencia, le hace saber que ha desistido de su propósito, debe responder por los daños causados a B (gastos de viaje, estadía, etc.), no porque puso fin intempestivo a las negociaciones, sino porque actuó en forma culposa.” Afirma de esta forma Brebbia que el fundamento de la obligación de indemnizar durante las tratativas reside en la culpa, que no tiene, sin embargo, fundamento contractual (como afirmaba Ihering), pues se trata de hechos realizados en un período en el que todavía no existía contrato perfeccionado.

No cabe sino concluir, entonces, que la culpa precontractual se encuentra regida por las normas atinentes a la culpa aquiliana o extracontractual, aunque ello no significa que esta culpa nacida en el período precontractual no revista caracteres propios que la individualizan de la culpa extracontractual originada por hechos ilícitos. Dos diferencias destacan Brebbia:

1° Diferencia en los sujetos intervinientes: los sujetos de la obligación de resarcir, en los casos de responsabilidad precontractual, no pueden ser otros que las personas relacionadas para la concertación de un convenio; mientras que en los supuestos de culpa aquiliana los sujetos activos y pasivos pueden ser personas extrañas sin ninguna relación previa entre sí.

2° Diferencia de grado existente entre ambas especies de culpa: existe un mayor grado de afinamiento en el concepto de culpa precontractual que en el de culpa aquiliana. El primero, atiende al especial deber que tienen las partes, durante las negociaciones, de observar una conducta prudente y leal. Sin esa buena fe, sin esa lealtad que deben presidir los actos preliminares de un contrato, el tráfico jurídico sufriría graves entorpecimientos o se paralizaría. Ello implica que una misma

conducta puede ser considerada negligente y por ende sancionada como tal si se encuentra relacionada con las tratativas de contrato, y en cambio, calificarse como normal y diligente si escapa a la órbita de las negociaciones preliminares. Para ilustrar esta diferencia de grado que existe entre ambas especies de culpa, ejemplifica con el caso siguiente: “si A invita a B a conversaciones sobre un negocio en perspectiva y en cumplimiento de tal proposición –que no es todavía oferta- B realiza ciertos gastos que A podía perfectamente prever, este último debe responder a la contraparte de tales erogaciones si, verbigracia, antes de entrevistarse con ella, cierra contrato sobre la misma materia con otra persona. En cambio, si A invita simplemente a B a ir a Buenos Aires, sin entrar en tratativas de contrato –diciéndole, por ejemplo, que desearía hablarlo personalmente por un asunto de su interés-, no responde civilmente por los gastos que realice este último con motivo de su viaje. El hecho en ambos supuestos es el mismo y, sin embargo, no surte los mismos efectos, debido a la diferencia que hemos anotado entre la culpa precontractual y aquiliana”<sup>105</sup>.

En lo que respecta al fundamento de la responsabilidad que puede nacer después de la emisión de la oferta, Brebbia considera que rige en esta etapa el mismo principio vigente durante la etapa de las tratativas, o sea, el de que las partes deben responder siempre por la conducta culposa observada durante las tratativas. Señala que “El *ius revocandi* (...) no puede ser entendido más que en el sentido de que no puede obligarse al oferente a realizar la prestación material de la oferta

---

<sup>105</sup> BREBBIA, Roberto. Ob. Cit., pp. 285-287.

cuando se retracta antes de ser aceptada, pero no de que no deba responder por los daños y perjuicios ocasionados cuando esa revocación ha sido culposa.”

Destaca Brebbia que en esta segunda etapa, ya formulada la oferta, la obligación de diligencia que se deben las partes, ostenta un grado más acentuado, considerando el estrechamiento y formalización de relaciones producido por la oferta. De esta forma, la culpa que pueda originarse en este período de la oferta, revestirá un carácter de gravedad superior a la susceptible de originarse durante las tratativas. Para ello, se apoya en el tenor del artículo 902 del Código Civil argentino, que establece: “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.” Se trata, en definitiva, de responsabilidad aquiliana<sup>106</sup>.

Otros autores, prefieren fundar la responsabilidad precontractual exclusivamente en la responsabilidad aquiliana o extracontractual. En tal posición, Aubry y Rau, en Francia; Santos Briz, Puig Bruteau y De los Mozos, en España. Este último, parte del supuesto que es necesario acreditar que el afectado ha sufrido un perjuicio y que dicho daño ha sido una consecuencia de la culpa, el dolo o simple mala fe en que ha incurrido la contraparte de los tratos preparatorios. En caso contrario, la simple ruptura de los tratos preparatorios es libre y no tiene consecuencias de ningún tipo. Ahora bien, puesto que no hay contrato, pues no llegó

---

<sup>106</sup> *Ibidem*.

a formarse, hay que recurrir, para indemnizar el daño, a los criterios de la responsabilidad extracontractual.

Se explica esta responsabilidad, pues tal como ya lo indicamos citando a De los Mozos, en la base de la formación de todo contrato, hay ya para las partes un deber de lealtad recíproca y buena fe. De los Mozos cita a su vez a de Cossío, quien en la misma línea doctrinaria, señala: “el hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato establece, entre ellas, una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues, una y otra, se deben un mínimo de lealtad en el trato –se está describiendo, dice De los Mozos, la buena fe, pero una buena fe que no tiene lugar en el ámbito contractual, agregando de Cossío: “No nos ofrece la menor duda el hecho de que cuando culposa o dolosamente se infieren a otros perjuicios con ocasión de un contrato proyectado, o de la nulidad de uno ya perfecto, surge la responsabilidad culposa ya que esta responsabilidad nunca podrá ser de carácter contractual, por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal clase ha podido producirse: nos encontramos ante un hecho de culpa extracontractual o aquiliana, derivada del hecho ilícito”<sup>107</sup>.

Concluye De los Mozos subrayando que “...las tesis contractualistas, remotamente inspiradas en una artificiosa construcción pandectista (alude a los casos planteados por los juristas romanos, a los que hicimos referencia, en que fundó su doctrina Ihering) se hallan desprestigiadas y totalmente en retroceso (...) estas tesis contractualistas de la responsabilidad „in contrahendo“ no son

---

<sup>107</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. Ob. Cit., pp. 182-183.

aceptables, aunque practiquen un contractualismo „light“ que ve en el inicio de los tratos un „contacto social“ del que deriva la imposición de un comportamiento correcto. Pero una cosa es que los tratos deban desarrollarse de acuerdo con el canon de la buena fe y, otra, que, por el hecho de emprenderlos, se derive algún tipo de obligación. Una construcción de esta naturaleza va, en última instancia, contra la „libertad contractual“ que constituye un principio sistemático común a la cultura jurídica occidental y no deja de incurrir también en una evidente contradicción, porque del contrato no pueden surgir obligaciones si no ha sido concluido”<sup>108</sup>.

En Latinoamérica y particularmente en Chile, la posición favorable a fundamentar la responsabilidad precontractual en la responsabilidad extracontractual, ha sido la mayoritaria.

Alessandri, recordemos, hace un distingo: para él, siguiendo a Ihering, la responsabilidad precontractual es la que puede surgir en el proceso de formación de un contrato pero bajo el supuesto de haber formulado la oferta (citando al efecto los artículos 98 y 100 del Código de Comercio). Señala entonces que “aunque no es posible calificarla de contractual, porque aquél (el contrato) todavía no existe, se rige igualmente por las reglas de esta responsabilidad”. Agrega que se trata de la infracción de obligaciones simplemente legales, cuales son esperar la respuesta dentro de los plazos señalados al efecto y dar pronto aviso de la retracción, de manera que no cabe aplicarle las reglas de la responsabilidad delictual o cuasidelictual (porque no olvidemos que para Alessandri, las reglas de la

---

<sup>108</sup> *Ibíd.*, p. 185.

responsabilidad contractual constituyen el derecho común, aplicables también a las obligaciones emanadas de la ley o de un cuasicontrato).

En cambio –agrega Alessandri- “la responsabilidad a que puede dar origen la ruptura de las negociaciones preliminares a un contrato, cuando esta ruptura es susceptible de producir responsabilidad, es extracontractual; tales negociaciones no crean entre las partes ningún vínculo jurídico”<sup>109</sup>. Nótese que para Alessandri, adscribiendo a una doctrina hoy superada, las negociaciones preliminares no formaban parte de la responsabilidad precontractual. Sintetizando la posición de Alessandri, distinguimos:

- a) Antes de formular la oferta: la responsabilidad que pueda generarse ha de regirse por las reglas de la responsabilidad extracontractual;
- b) Después de emitida la oferta: cabe regular la responsabilidad por las reglas de la responsabilidad contractual, no porque haya nacido un contrato, sino porque la ley establece la responsabilidad, y porque a las obligaciones nacidas directamente de la ley, ha de aplicárseles las normas de la responsabilidad contractual, por ser estas las normas de derecho común.

Saavedra resume la doctrina mayoritariamente aceptada en nuestros días, fundada en la responsabilidad extracontractual, afirmando que la “responsabilidad precontractual existe; pero, junto a la mayoría de los autores, estimamos que no se trata de una responsabilidad contractual, porque aún no hay contrato formado, salvo

---

<sup>109</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Ediar-Conosur, 1983, p. 57.

que, excepcionalmente, exista una convención entre los partícipes que regule la situación.

De modo que, sostenemos que el fundamento de tal responsabilidad debe buscarse en el principio universal, acogido en casi todas las legislaciones, que obliga a obrar con prudencia y corrección sin dañar a los demás y que se sustenta en el principio jurídico general de la buena fe que obliga a ambos interesados durante todo el iter contractual (...), es indudable que por el solo hecho que las personas se pongan en relación con el fin de negociar la conclusión de un contrato, se establece entre ellas una conexión que crea un estado de confianza recíproca que no debe ser defraudado. Pero, se trata de una responsabilidad (...) que se desliga del contrato proyectado...”<sup>110</sup>.

#### **4.1.7. Determinación de los daños a resarcir, en la responsabilidad precontractual**

Ihering sostenía que se debía reparar todo el daño producido cuando no se concluye el contrato por la ruptura intempestiva de las negociaciones (bajo el supuesto, eso sí, de haberse formulado ya la oferta) o cuando a pesar de haberse celebrado el contrato, este es declarado nulo (recordemos que en este último caso, se basaron los juristas romanos que inspiraron a Ihering). Para Ihering, la reparación podía comprender tanto los perjuicios efectivos sufridos por la parte afectada –por ejemplo, por haber incurrido en gastos inútiles efectuados durante las tratativas

---

<sup>110</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. Ob. Cit., pp. 96-97.

negociales-, como también la pérdida de posteriores ocasiones de negociar a causa del contrato no concluido.

Por lo tanto, la reparación comprendería tanto el daño emergente como también, de haberlo, el lucro cesante. Lo que debe resarcirse, plantea Ihering, ha de comprender el “*interés negativo*” o “*de confianza*”, que comprende todo el daño sufrido por aquél que confió en que se celebraría el contrato o en que este contrato sería válido (en cambio, reserva la expresión “*interés positivo*” o “*de incumplimiento*” para referirse a todo el daño causado a consecuencia de la inejecución de un contrato efectivamente celebrado).

Faggella es más restrictivo, postulando que los daños resarcibles a título de responsabilidad precontractual sólo dicen relación con aquellos gastos reales efectuados durante los tratos negociales previos y para elaborar la oferta, sin incluir por ende gastos derivados de las ocasiones contractuales perdidas. De esta forma, acepta el daño emergente pero descarta el lucro cesante. Tal es también la opinión de Saleilles. Lo mismo ocurre en la doctrina chilena (Avelino León Hurtado y Hugo Rosende Alvarez)<sup>111</sup>.

**Brebbia**, por su parte, afirma que “...el resarcimiento en los casos de responsabilidad precontractual, al igual que en los supuestos de responsabilidad aquiliana, debe ser integral, o sea, comprender el perjuicio efectivamente sufrido y la ganancia frustrada”. Sin embargo, agrega que “La regla que obliga a reparar el daño emergente y el lucro cesante encuentra su lógica limitación en la relación de

---

<sup>111</sup> *Ibidem*.

causalidad existente entre el hecho generador de responsabilidad y el perjuicio”. En este sentido, apoyándose en los artículos 903<sup>112</sup>, 904<sup>113</sup> y 905<sup>114</sup> del Código Civil argentino, distingue según se trata del daño indemnizable ocasionado en las tratativas preliminares o después de formulada la oferta:

- a) Respecto del daño originado en la etapa de las tratativas preliminares: aquí, el damnificado sólo puede demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de las negociaciones y no la ganancia dejada de percibir, porque entre la última y el hecho culposo no existe una relación adecuada de causalidad. La privación de la hipotética ganancia no tiene por causa la ruptura culpable de las tratativas, sino la propia actividad del damnificado al comprometerse en negociaciones con una determinada persona desechando otras perspectivas que le pudieron reportar una seguridad mayor de conclusión del contrato;
- b) Respecto del daño ocasionado después de haberse formulado la oferta: en caso de retractación culposa del oferente, el damnificado tiene derecho a reclamar no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante, puesto que entre dicha retractación y la ganancia frustrada existe un nexo de causalidad adecuado. En este supuesto, el lucro cesante no es más que la consecuencia racional de la revocación indebida<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Artículo 903 del Código Civil argentino: “Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos”.

<sup>113</sup> Artículo 904 del Código Civil argentino: “Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”.

<sup>114</sup> Artículo 905 del Código Civil argentino: “Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho”.

<sup>115</sup> BREBBIA, Roberto. Ob. Cit., pp. 289-290.

#### **4.1.8. Los supuestos necesarios para que nazca el derecho a reclamar la reparación por responsabilidad precontractual**

Saavedra habla de un “*ilícito precontractual*”, que origina para el afectado derecho a pedir resarcimiento de los perjuicios. Para ello, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Debe tratarse de negociaciones tendientes a buscar un acuerdo contractual que aún no se perfecciona o que habiéndose perfeccionado, el contrato resultante es declarado nulo.
- b) Durante tales negociaciones debe ocurrir una conducta antijurídica por parte de uno de los partícipes, a raíz de la cual se frustra, injustamente, el objetivo de alcanzar una relación contractual estable y además lícita.
- c) Dicha conducta antijurídica debe ser reprochable, y para ello dos supuestos son necesarios: que sea imputable a uno de los partícipes de los tratos negociales previos y dañina para la contraparte.
- d) Esta conducta antijurídica, reprochable, puede emanar de un incumplimiento extraconvencional (que será lo usual) o convencional, si los partícipes previamente reglamentaron los tratos previos (que la doctrina moderna francesa denomina “*contrato de negociación*”).
- e) La configuración de la culpa se produce por la transgresión del principio jurídico de la buena fe con el que los partícipes deben actuar durante el curso de los tratos negociales previos.
- f) Debe existir una relación de causalidad adecuada entre la conducta antijurídica, reprochable, dañina e imputable desarrollada por uno de los

partícipes durante los tratos negociales previos y los perjuicios ciertos, efectivos, sufridos por el otro de los partícipes.

- g) Los sujetos activos y pasivos de la acción de responsabilidad que pueda surgir durante los tratos negociales previos son los partícipes directos en tales negociaciones. Los daños que puedan sufrir terceros a causa de estos tratos, se rigen por las reglas de la responsabilidad extracontractual<sup>116</sup>.

Celis, por su parte, señala los siguientes requisitos:

- a) Que las conversaciones o tratos previos, se hayan efectuado voluntariamente, sin existir una obligación que así lo exigiere.
- b) Que los gastos en que incurre una de las partes, se hayan ocasionado a consecuencia de la conducta desplegada por la otra parte que después se retira de la negociación (por ejemplo, si una empresa llama a arquitectos para hacer los estudios de una construcción, sin advertir previamente que los estudios que se realicen no generarán un compromiso para la empresa).
- c) Que el tribunal considere si los gastos en que se incurre, forman o no parte de los riesgos del negocio y si éstos han sido provocados por la contraparte o han sido espontáneos.
- d) Que una de las partes se retire unilateralmente de las negociaciones<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. Ob. Cit., pp. 100-101.

<sup>117</sup> CELIS RODRÍGUEZ, Rubén. Ob. Cit., p. 16.

## **4.2. Resultados normativos: La responsabilidad precontractual en el Derecho Comparado**

En general, y tal como ocurre con el Código Civil chileno, los códigos extranjeros no suelen referirse expresamente a la responsabilidad precontractual. El Código Civil italiano (de 1942), contempla dos disposiciones atinentes a la materia, los artículos 1337 y 1338, que disponen:

*“Artículo 1337: Tratos preparatorios y responsabilidad precontractual. Las partes en el desarrollo de los tratos preparatorios y en la formación del contrato deben comportarse según la buena fe”.*

*“Artículo 1338: Conocimiento de la causa de invalidez. La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia de ello a la otra parte es tenida de resarcir el daño que esta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato.”*

El Código Civil portugués (de 1966), establece en su artículo 227: *“Culpa en la formación de los contratos: Quien negocia con otro para concluir un contrato debe, tanto en los preliminares como en su formación, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente cause a la otra parte”.*

El Código Civil alemán, por su parte, recoge parcialmente la doctrina de Ihering, en los siguientes párrafos:

- En el 122, que dispone la reparación de daños y perjuicios en los casos de

declaraciones de voluntad nulas por falta de seriedad y error, en que se dispone indemnizar el daño sufrido por haber confiado en la validez del contrato;

- En el 179, que alude al caso del contrato celebrado por el *falsus procurator*, carente de poder de representación, cuando la otra parte desconocía la falta de poder; y
- En los párrafos 307 y 309, referidos al contrato nulo por imposibilidad originaria de la prestación al ser contraria a una prohibición legal o contraria a las buenas costumbres.

Aunque no sea derecho vigente, también cabe destacar el “*Anteproyecto de Código europeo de contratos*” preparado por la Academia de Pavía, que dedica algunos preceptos a la materia<sup>118</sup>:

“*Artículo 6:*

*1° Cada una de las partes es libre de emprender tratos en vista de la conclusión de un contrato sin que pueda imputársele la menor responsabilidad en el caso de que el contrato no sea estipulado, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.*

*2° Obra en contra de la buena fe la parte que emprende o continúa los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato.*

---

<sup>118</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. Ob. Cit., pp. 177-178.

3° Si en el curso de los tratos las partes han ya examinado los elementos esenciales del contrato, previendo su eventual conclusión, aquella de las partes que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato, obra en contra de la buena fe desde que interrumpe los tratos sin motivo justificado.

4° En los casos previstos en los apartados precedentes, la parte que ha obrado en contra de la buena fe queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra parte como máximo en la medida de los gastos efectuados por esta última en el curso de los tratos en vista de la estipulación del contrato, así como de la pérdida de las ocasiones similares causada por las conversaciones pendientes.”

“Artículo 7°:

1° En el curso de los tratos cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre cada circunstancia de hecho y de derecho de la cual tenga, o deba tener conocimiento y que permitan a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés por concluirle.

2° En caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o si es tachado de nulidad, la parte que ha obrado en contra de la buena fe es tenida responsable frente a la otra en la medida prevista en el párrafo 4 del artículo

6. Si el contrato ha sido concluido queda obligada a restituir la suma o a entregar la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de atacar el contrato por error.”

## V. DISCUSIÓN

### 5.1. La responsabilidad civil

#### 5.1.1. Concepto

Etimológicamente, responsabilidad según LEYSER LEON<sup>119</sup>, significa en efecto, “responder” es como “prometer a la vez” o como “corresponder a una promesa”. La palabra, comunica entonces, un desbalance, una equiparidad previamente alterada que da lugar a la imposición de una “respuesta”, la cual debe restablecer el *statu quo* preexistente, y que se quiere mantener, o bien una secuencia de acciones que deben sucederse con una regularidad y orden a ser preservados. De esta manera señala, debemos considerar a la responsabilidad como una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal.

MOSSET ITURRASPE<sup>120</sup> afirma que “la responsabilidad civil no es otra cosa que el deber de indemnizar los daños causados culposamente a otro”. Por su parte, DIEZ PICAZO Y GULLON afirman que “La responsabilidad civil significa la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”.

Para la doctrina, la responsabilidad civil está referida fundamentalmente a indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación entre particulares, ya sea como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria

---

<sup>119</sup> LEON HILARIO, Leysser. Ob. Cit., p. 48.

<sup>120</sup> *Ibíd.*

(responsabilidad civil contractual o derivada de la inexecución de obligaciones), o bien se trate de daños entre sujetos sin vínculo obligacional o simplemente derivados del deber genérico de no causar daño a otro (responsabilidad extracontractual), que se constituyen los dos aspectos de la responsabilidad civil, que en sí es una sola y con requisitos comunes como son: La antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución; en ese sentido, cuando el primer párrafo del artículo 1321 señala: *“queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”* y la primera parte del artículo 1969 precisa que: *“aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”*, se puede colegir que, sea incumplimiento de las obligaciones, sea por lesionar un derecho o un legítimo interés y, por ello, se ocasionan daños, la sanción que impone el Código Civil al responsable es la de indemnizar.

### **5.1.2. ¿Cuál es su función?**

Como señala EZPINOZA<sup>121</sup>, citando a ALPA, la doctrina italiana ha distinguido frente a las tradicionales, nuevas funciones de la responsabilidad civil. Así, dentro de las primeras las siguientes:

- a. La de reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado,
- b. La de retornar el “status quo ante” en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio,

---

<sup>121</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 5ta. Ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pp. 52 y ss.

- c. La de reafirmar el poder sancionatorio (o “punitivo”) del Estado; y,
- d. La de “disuasión” a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros.
- e. Frente a estas, se agrega nuevas funciones tales como:
- f. La distribución de las pérdidas,
- g. La asignación de costos.

Parte de esta doctrina italiana, citando a FRANZONI, ha sistematizado las nuevas y antiguas funciones de la responsabilidad civil, bajo dos enfoques:

- a. Microsistemático, que “permite verificar el modo de actuación de los distintos elementos de la figura, en relación con las específicas categorías de hechos ilícitos”
- b. Macrosistemático, que “permite identificar la función de la responsabilidad civil en el modelo económico que se tome como referencia.

Siguiendo esta posición señala ESPINOZA<sup>122</sup>, la doctrina nacional, citando a FERNADEZ CRUZ, distingue la perspectiva diádica o microsistemática, en la cual la responsabilidad tiene triple función: satisfactoria, de equivalencia y distributiva; al lado de la perspectiva sistémica o macrosistemática, en la que la responsabilidad civil cumple dos funciones: una de incentivación o desincentivación de actividades y otra que es preventiva.

---

<sup>122</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., pp. 52 y ss.

En verdad, sostiene Espinoza, las funciones satisfactoria, de equivalencia y distributiva, son tres maneras de ver una misma función: así, si se quiere satisfacer a la víctima, la reparación será (en la medida que ello sea posible) equivalente al daño causado, lo cual originará una (re)distribución de los costos del mismo. Por otro lado, cuesta entender la separación entre la función preventiva con la disuasiva o la incentiva, cuando en realidad, la primera se materializa, a través de éstas. A lo que señala que desde su punto de vista, las funciones de la responsabilidad civil tienen que ser vistas a partir de sus protagonistas:

- a) Con respecto a la víctima es satisfactiva.
- b) Con respecto al agresor es sancionadora.
- c) Con respecto a la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades.
- d) Común respecto a los tres anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

### **5.1.3. La Responsabilidad Contractual**

Siguiendo la clasificación adoptada por nuestro Código Civil, en cuanto a responsabilidad por inejecución de obligaciones o conocida como responsabilidad contractual, IRISARRI BOADA<sup>123</sup>, cita diferentes acepciones que en la doctrina se presentan sobre este tipo de responsabilidad: Así, nos dice que para el autor chileno Arturo Alessandri *“La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato:*

---

<sup>123</sup> Cfr. IRISARRI BOADA, Catalina. “El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano”, Tesis de Grado para Optar el Título de Abogado, Santa fe de Bogotá, 2000.

*consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause”.*

Para que exista esta clase de responsabilidad es necesario que haya una relación anterior entre el autor del daño y quien lo sufre y que el perjuicio sea causado con ocasión de esa relación. Dentro del estudio de este tema se pueden observar claramente dos grupos de teorías bien definidas: de una parte, aquellas que presentan la responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación proveniente de un contrato anteriormente celebrado; otras teorías sostienen que se está en presencia de responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación emanada no solamente de un contrato, sino cuando se incumple obligación derivada de vínculo jurídico anterior o de la ley.

En este caso, la víctima o el autor del daño necesariamente, vendrían a ser una de las partes involucradas en la relación obligacional.

#### **5.1.4. El daño**

##### **5.1.4.1. ¿Qué se entiende por daño?**

BELTRÁN<sup>124</sup>, nos señala que: el daño, proviene del latín “demere” que significa “menguar”, que es entendido como “el detrimento” o menoscabo a un

---

<sup>124</sup> BELTRAN PACHECO, Jorge Alberto. “Análisis y funciones de la responsabilidad civil: impacto en la víctima y en la sociedad”. Disponible en sitio web: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=679](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=679). Consultado el 10 de junio de 2016.

interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento corresponde al Interés Jurídico General de “no verse dañado por la conducta de otro sujeto”, tornándose luego en un interés específico de la víctima.

Al ser el daño un menoscabo a un interés jurídicamente tutelado la indemnización debe perseguir “no una sanción” sino una “satisfacción” de dicho interés conculcado. Este menoscabo a un interés jurídicamente tutelado se va a manifestar en una afectación a la esfera personal y/o patrimonial de un sujeto en virtud de un hecho antijurídico o no antijurídico (que también generan efectos indemnizatorios).

Por su parte ESPINOZA<sup>125</sup>, señala que “el daño no puede ser entendido solo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equivoco y sustancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos (efectos) negativos que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculaos entre sí, pero autónomos conceptualmente, en cuanto al contenido y a la naturaleza. Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas) no patrimoniales y viceversa. Así, sostiene que se habla de un daño-evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Estas dos acepciones de daño pueden, como no, coincidir. Sin embargo, señala que confundir estos conceptos diversos de daño equivale a mezclar

---

<sup>125</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., pp. 226 y ss.

problemas jurídicos diversos: el problema de la injusticia de la lesión, aquel de la individualización del responsable o el de la selección de los perjuicios resarcibles”.

#### **5.1.4.2. Daño patrimonial**

Aquel que recae sobre el patrimonio, entendido como todo bien susceptible de valorarse económicamente, es decir, bienes que permiten su sustitución por otro bien similar, por eso en este tipo de daños se sostiene que la reparación, en los cuales la reparación tiene un carácter satisfactorio, al dañarse bienes insustituibles, que no tiene valoración tiene un carácter compensatorio a diferencia de los daños extrapatrimoniales pecuniaria.

El daño patrimonial presenta a su vez dos categorías:

- a) **El daño emergente:** Es el daño propiamente dicho; consistente en la pérdida, detrimento o menoscabo de un bien de naturaleza patrimonial del acreedor; es la pérdida que sufre la víctima como consecuencia del evento dañoso.
- b) **El lucro cesante:** Es la ganancia patrimonial dejada de percibir por el acreedor, empobrecimiento del patrimonio del acreedor. Se establece mediante la comparación entre el patrimonio realmente existente después del daño y el que probablemente existiera si el daño no se hubiera producido; es expresado por la diferencia negativa encontrada mediante esa operación.

### **5.1.4.3. Daño extra patrimonial**

Es aquel daño que incide sobre el ser humano, y como tal incide sobre aspectos del ser humano que no tienen una traducción dineraria, pues no están en el comercio de los hombres, es decir incide sobre bienes insustituibles, de ahí la denominación de daños extra patrimoniales.

#### **a) Daño Moral**

En principio, el daño moral es aquel que no tiene ningún contenido patrimonial, se traduce como el sufrimiento, la profunda pena, la lesión a los sentimientos y emociones del acreedor.

Para MOSSET ITURRASPE, que en materia de Responsabilidad Civil, (doctrina Argentina), quien al definir el Daño Moral refiere lo siguiente: “Se ha dicho que el daño moral constituye toda modificación desvaliosa del espíritu. Alteración espiritual profunda no subsumible en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, etc., que exceden lo que por dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona, sobre el cual los demás no pueden avanzar. Así entonces decimos, que toda alteración desvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra, configura un DAÑO MORAL”.

FERNÁNDEZ SESSAREGO<sup>126</sup>, señala que, el daño moral se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que tiene como

---

<sup>126</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El daño al Proyecto de Vida”. Disponible en sitio web: [http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_7.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF). Consultado el 10 de setiembre de 2016.

consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación espiritual, es decir, “es un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico”.

En palabras de LLAMBIAS como “el género que comprende a toda lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que alguien padece”<sup>127</sup>. Es por ello que el daño moral está constituido por el sufrimiento, afectación, dolor, preocupación, quebranto espiritual, que sólo pueden ser sufridos por personas naturales<sup>128</sup>.

#### **b) Daño a la Persona**

FERNÁNDEZ SESSAREGO, señala que, el daño a la persona también se denomina daño subjetivo<sup>129</sup>, y precisa que en las dos últimas décadas ha surgido una profunda preocupación por lo que se suele denominar daño subjetivo o daño a la persona. Para el mismo autor el daño a la persona es aquel daño que no se puede valorizar económicamente en tanto el bien afectado es el proyecto vital de la persona, su futuro, su destino, su vida de relación, el libre trabaja en forma independiente, a quien se le causa un daño que implica desenvolvimiento de su personalidad de acuerdo a su personal vocación<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Citado por BELLUSCIO, Augusto y ZANNONI, Eduardo. *Responsabilidad Civil en el derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 1983, p. 33.

<sup>128</sup> *Ibíd.*

<sup>129</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “El Derecho el fin del Siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho”. En: *Revista Scribas*, Año II, N° 04, Lima, p. 324.

<sup>130</sup> *Ibíd.*

## **5.2. La responsabilidad precontractual**

### **5.2.1. El precontrato y las negociaciones previas a su celebración del contrato**

Para SANTOS CIFUENTES el “precontrato” también llamado “contrato preliminar” ante contrato” o “contrato preparatorio”, es una declaración de voluntad común ya cerrada y concreta, válida que se hace teniendo en miras otra convención contractual. Para FUEYO LANERI “Es una vinculación, nacida del contrato, cuya eficacia, en el querer de las partes. Es sólo preliminar o previa, puesto que lo que intenta es una relación futura y definitiva, la cual, ordinariamente, es entre las mismas partes concertantes”.

Según DÍEZ PICAZO<sup>131</sup>, “las negociaciones preparatorias de un contrato se inician por una parte invitando a la otra a entrar en otros 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 constituye, como ya se ha dicho, actos jurídicos ni tampoco generan efectos del mismo orden, pero, sin embargo, los sujetos de dichas conversaciones sí 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 que configuran el principio de la buena fe, cuyo principio informa, con carácter general, el ejercicio de todos los derecho. Al propio tiempo, las partes negociadoras vienen compelidas, también, a la negociación, de confianza, confidencialidad, deberes de

---

<sup>131</sup> DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. T. I. Madrid: Civitas, 1996, p. 270.

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”.

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<sup>132</sup>.

Tampoco será obligatorio que, al no cerrarse el contrato, pueda una de las partes forzar a la otra a concluirla. Es decir, no hay acción judicial que pueda de manera coercitiva obligar a la parte que no lo hace o que se aparta de las tratativas, a celebrar el contrato. Sin embargo pueden acarrear un daño a la parte que le genere expectativa de llegarse a concluirse, como se verá más adelante. Es por ello que, la responsabilidad civil precontractual tendría como función evitar las negociaciones de mala fe que atentan contra la buena fe de los contratos.

Por tanto, se puede decir que, en toda relación negocial, siempre van a existir tres etapas en la formación de un contrato: la generación, la perfección y la consumación. En la etapa de la generación, se inicia con la formulación de la oferta, es aquí donde se inicia las tratativas preliminares, como señala 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”*.

---

<sup>132</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. Cit., p. 353.

### 5.2.2. La buena fe en las tratativas preliminares

A decir de PEREZ GALLARDO<sup>133</sup>, “es de naturaleza imperativa, tal comportamiento en el actuar de los sujetos no puede ser apartado ad limitum por aquellos, sin quebrantar toda conducta ajustada a un proceder ético apropiado. Se trata de una tapia infranqueable por la autonomía de la voluntad, lo contrario sería dar cabida a un proceder antinatura...”.

Es por lo antes señalado que, la buena fe comercial supone un comportamiento leal y honesto de los sujetos, incluso antes de concertar el contrato, en la etapa de tratativas, cuando aún solo puede hablarse de pretensas partes contractuales, en los albores del íter contractual. Esta buena fe se expresa en la confianza depositada para cada sujeto en el actuar del otro.

A decir de ESTIGARRIBIA, se trata de “*un componente de lealtad hacia la consecución del fin propuesto en el mismo contrato, así como de protección a la confianza que cada parte deposita en el accionar correcto de la otra, como la base que permite mantener un sistema de contratación privada, que constituye un pilar fundamental de la economía*”<sup>134</sup>. Es por ello que, el Artículo 1362 de nuestro Código Civil, señala que “*los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”.

---

<sup>133</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo. *Código Civil Comentado*. T. VIII. 2da. Ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pp. 135 y ss.

<sup>134</sup> ESTIGARRIBIA, María Laura. “La buena fe. Implicaciones actuales en las relaciones negociales”. En: *Estudios de derecho privado contemporáneo*. T. 1. Santiago: Industria Gráfica Libertad, 2014.

Hay que, destacar que antes de la celebración de un contrato las partes tienen la intención de llegar a celebrarla, es decir hay una voluntad dirigida a un fin o la intención común de querer de ambas partes en el propósito de crear una obligación jurídica. Como señala el profesor DE LA PUENTE Y LAVALLE<sup>135</sup>, la “común intención” de la cual habla el artículo 1362 del Código civil de 1984 debe ser entendida como la “voluntad común” mencionada en el artículo 1361 del mismo Código, o sea la absoluta coincidencia de las voluntades de las partes en relación con el objeto del contrato, que es la creación (regulación, modificación o extinción) de la relación jurídica patrimonial.

Por tanto, en la etapa de formación del contrato las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta; y el oferente está obligado, conforme con esa regla y según las circunstancias, a poner al alcance del destinatario de la oferta información adecuada sobre hechos relativos al contrato que puedan tener aptitud para influir sobre su decisión de aceptar.

### **5.2.3. Cuando hay responsabilidad precontractual**

Para MICCIO es equivocado reconocer responsabilidad del tratante por el solo hecho que sin justo motivo interrumpe la tratativa. La responsabilidad por rotura de las tratativas sólo puede dar lugar a responsabilidad cuando el comportamiento del tratante es claramente reprobable y ha causado daño al otro,

---

<sup>135</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Vol. XI, T. 11. Lima: PUCP, 1996, pp. 19- 90.

entendiendo que lo reprobable no está en la rotura de la tratativa, sino del modo como ésta ha sido conducida, despertando la confianza de la víctima del daño.

La rotura de las tratativas es cuando uno de los tratantes decide sin justificación válida, dejan su efecto a desconocer las tratativas que han sido conducidas, de tal manera que han inducido al otro tratante a confiar razonablemente en la celebración del contrato e incluso, generan expectativas en terceros. La responsabilidad no surge de romper inesperadamente las tratativas, sino de haber inducido a la otra parte a tener esa confianza. Para BIANCA, el comportamiento doloso existe cuando el sujeto inicia o prosigue las tratativas teniendo la intención oculta de no concluir el contrato.

Hay que resaltar, lo señalado por OJEDA GUILLÉN<sup>136</sup> *“no solamente por el hecho de haberse establecido un vínculo (atípico) entre los tratantes se debe 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 (negativas o positivas) como fruto de dichas manifestaciones”*.

Si bien es cierto que, el incumplimiento de las tratativas no es de por sí una de las fuentes de las obligaciones que consagra el Libro VII del Código Civil peruano. También lo es, que a través de la buena fe, el cual se viabiliza en lo prescrito en el artículo 1362 del Código Civil, según *“los contratos deben*

---

<sup>136</sup> OJEDA GUILLÉN, Luis. *La responsabilidad Precontractual. En el Código Civil Peruano*. Lima: Editorial Motivensa, 2009, p. 93.

*negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*". Es por esta razón que, quien se retira sin razón de las tratativas solo debe indemnizar el daño al interés negativo, comprensivo de los gastos y del lucro cesante en cuanto haya derivado de haber estado pendiente de esas tratativas. Más aún, si se concordamos el artículo 1969 del Código Civil, que prescribe: *"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"*.

Es por ello que, la responsabilidad, como consecuencia de un acto humano, se traduce en la obligación de indemnizar el daño que dicho acto podría ocasionar. En palabras de Fernando Vidal Ramírez<sup>137</sup>: *"El daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamenta la responsabilidad civil"*.

Al respecto OJEDA GUILLÉN<sup>138</sup> señala *"Entendemos que no hay responsabilidad por el hecho en sí 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"*.

Hay que resaltar que en las negociaciones previo a la celebración del contrato, en las tratativas, se debe actuar con un criterio de prudencia y diligencia, es decir

---

<sup>137</sup> VIDAL RAMIREZ, Fernando. "La responsabilidad civil". En: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos SOTO COAGUILA. *Responsabilidad civil. Derecho de daños, teoría general de la responsabilidad civil y el nuevo derecho de daños. Instituciones de Derecho Privado*. T. 4. Lima: Editora Grijley, pp. 201

<sup>138</sup> OJEDA GUILLÉN, Luis, Ob. Cit., p. 90.

que la parte afectada es la 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. Pero hay que dejar en claro que la parte afectada siempre debe actuar con diligentemente, por cuanto no se puede premiar la candidez o ingenuidad.

Como ya hemos mencionado, en nuestro Código Civil vigente, solamente se contempla dos tipos de responsabilidad, la contractual y la extracontractual, sin embargo no hay una regulación expresa sobre el supuesto de una responsabilidad precontractual. Sin embargo, ante tal ausencia y en base a que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano, se deberá resolver aplicando el artículo 1969 del Código Civil, que establece: *“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”*.

### **5.3. 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 a 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<sup>139</sup>.

Nótese que la oferta y la aceptación son consideradas 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.

### **5.3.1. 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).

---

<sup>139</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. Cit., p. 96.

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 si el nacimiento de la obligación<sup>140</sup>.

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 Lavallo– 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,*

---

<sup>140</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del Contrato Privado*. T. I. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1983, p. 180.

*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”<sup>141</sup>.*

Compartimos el criterio de De la Puente respecto a los efectos que se generan 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

---

<sup>141</sup> 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 policitud, existe a nivel doctrinario distinción entre estos términos: propuesta consiste en la declaración unilateral del oferente que aún no es conocida por la otra parte y por lo tanto es revocable, mientras que policitud es la oferta que aún no ha sido aceptada. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. Cit., p. 581.

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.

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”*<sup>142</sup>.

Siguiendo a Castillo Freyre<sup>143</sup>, quien coincide a su vez con Manuel de la

---

<sup>142</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y MARTÍN HORNA, Pierre. *Tratado de la Teoría General de los Contratos. La plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea*. Vol. XX. T. I. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002, p. 27.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, p. 33.

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.*
- 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.

### **5.3.2. 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 negocial 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 haya 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 sí 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.

### **5.3.3. Los contratos preparatorios y las consecuencias de su incumplimiento**

Nuestro Código Civil regula el régimen de los contratos preparatorios a partir 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”<sup>144</sup>.

Nuestro Código se adhiere a la tesis propuesta por Messineo<sup>145</sup>, quien señala

---

<sup>144</sup> ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 1995, p. 202.

<sup>145</sup> MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. T. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986, p. 354.

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 concurran 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)”<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> *Ibidem*.

Citando a De Ruggiero, Arias-Schreiber<sup>147</sup> 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 las obligaciones generadas

---

<sup>147</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Ob. Cit., p. 203.

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.

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 sí 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 inexecución 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.

#### **5.4. 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.

##### **5.4.1. 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”<sup>148</sup>. 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

---

<sup>148</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Imputabilidad en la Inejecución de las Obligaciones”. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Obligaciones*. T. IV. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 850.

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 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”<sup>149</sup>.

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 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

---

<sup>149</sup> DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Barcelona: Editorial Bosch, 1975, p. 94.

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”<sup>150</sup> 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 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”<sup>151</sup>.

No debemos olvidar que el Derecho se encarga de calificar aquellos daños jurídicamente relevantes, los cuales serán merecedores de tutela. Pues bien, es

---

<sup>150</sup> BIANCA, Cesare Máximo. “Se regresa a hablar de daño injusto”. En: *Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley, 2006, p. 253.

<sup>151</sup> *Ibíd.*, p. 255.

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.

Siguiendo a De Cupis<sup>152</sup>, 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

---

<sup>152</sup> DE CUPIS, Adriano. Ob. Cit., pp. 108 y ss.

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. 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*”<sup>153</sup>.

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*”<sup>154</sup>.

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 Vertrags*<sup>155</sup>. Por esto, el resarcimiento del interés negativo pretende colocar al perjudicado en la misma situación que tendría si no se

---

<sup>153</sup> VON THUR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. T. I. Madrid: Editorial Reus, 1934, p. 60.

<sup>154</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *La culpa in contrahendo*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1989, p. 67.

<sup>155</sup> MEDINA ALCOZ, María. *Responsabilidad Precontractual*. Lima: Casa Editorial Forum, 2006, p. 47.

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”<sup>156</sup>.

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 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

---

<sup>156</sup> BORDA, Guillermo A. *Manual de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2003, p. 97.

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)<sup>157</sup>.

De acuerdo a la interpretación que hace Brebbia<sup>158</sup> 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 negocio que finalmente no se concretó, sin que mediara culpa de su parte. Dentro de ese interés

---

<sup>157</sup> VON THUR, Andreas. Ob. Cit., p. 60.

<sup>158</sup> BREBBIA, Roberto. *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1987, p. 48.

negativo, queda comprendido el daño emergente y el lucro cesante.

Bustamante Alsina<sup>159</sup> 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 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

---

<sup>159</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Ob. Cit., p. 88.

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”*<sup>160</sup>.

#### **5.4.2. 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

---

<sup>160</sup> ALPA, Guido. “Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil”. Traducción del italiano por LEÓN HILARIO, Leysser. Ob. Cit., p. 775.

responsabilidad extracontractual, partiendo del hecho de que en estos casos, simplemente no hay contrato o el que se celebró se anuló. Sin embargo, otras veces 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, Brebbia<sup>161</sup> 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 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*”<sup>162</sup>.

Sin embargo, más adelante añade que “A nuestro juicio no existen dudas de que los casos que integran la responsabilidad precontractual, no encuentran cabida

---

<sup>161</sup> BREBBIA, Roberto. Ob. Cit., p. 85.

<sup>162</sup> *Ibíd.*, p. 86.

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”<sup>163</sup>.

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 determinan la autarquía de la responsabilidad in contrahendo como categoría doctrinaria”<sup>164</sup>.

El autor reconoce las características propias y diferenciadas de la responsabilidad precontractual y le da un carácter doctrinariamente autónomico, sin embargo, para efectos del resarcimiento, considera que se deben aplicar las reglas de la responsabilidad aquiliana.

---

<sup>163</sup> *Ibíd.*, p. 89.

<sup>164</sup> *Ibíd.*, p. 90.

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 contratante 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”<sup>165</sup>. 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 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 Sozzo<sup>166</sup>, 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

---

<sup>165</sup> BORDA, Guillermo A. Ob. Cit., p. 82.

<sup>166</sup> SOZZO, Gonzalo. *Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 46.

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”<sup>167</sup>. 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 responsabilidad por apartamiento de las tratativas”<sup>168</sup>.

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”<sup>169</sup>. Y más adelante agrega que “No se trata de responsabilidad

---

<sup>167</sup> *Ibíd.*, p. 47.

<sup>168</sup> *Ibíd.*, p. 48.

<sup>169</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1993, p. 74.

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 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”<sup>170</sup>.

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 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,

---

<sup>170</sup> BREBBIA, Robert. Ob. Cit., p. 68.

preponderantemente, en el valor de la solidaridad”<sup>171</sup>. 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 artículo<sup>172</sup> 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 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<sup>173</sup>. 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*

---

<sup>171</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del Derecho*. Lima: Grijley, 1999, p. 130.

<sup>172</sup> “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.”

<sup>173</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit., p. 287.

*ontológicas propias, y tal denominación se justifica sólo en cuanto describe temporalmente el fenómeno de estar antes del contrato válido*”<sup>174</sup>. 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*”<sup>175</sup>.

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*

---

<sup>174</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José, LÓPEZ CABANA, Roberto. *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 761.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, p. 762.

*causados*”<sup>176</sup> para estos casos.

Finalmente, Medina Alcoz<sup>177</sup> 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 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’, porque 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

---

<sup>176</sup> *Ibíd.*, p. 762.

<sup>177</sup> MEDINA ALCOZ, María. *Ob. Cit.*, p. 67.

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”.

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”<sup>178</sup>.

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 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

---

<sup>178</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. Ob. Cit., p. 195.

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<sup>179</sup>.

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 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<sup>180</sup>”.

---

<sup>179</sup> SOZZO, Gonzalo. Ob. Cit., p. 42.

<sup>180</sup> ESTEVILL, Luis Pascual. *Derecho de Daños*. T. II. Barcelona: Bosch, 1995, p. 1074.

Comentando sobre el estado de la cuestión en la doctrina española, dice Ricardo de Ángel Yagüés<sup>181</sup> “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 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.

---

<sup>181</sup> DE ÁNGEL YAGUES, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 1993, p. 13.

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”<sup>182</sup>. 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 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

---

<sup>182</sup> STIGLITZ, Gabriel A. “La Responsabilidad Precontractual en las Relaciones de Consumo”. En: *“La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg”*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 475.

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”<sup>183</sup>.

En palabras del profesor italiano Adriano De Cupis<sup>184</sup> “...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”.

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 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

---

<sup>183</sup> DIÉZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1995, p. 591.

<sup>184</sup> DE CUPIS, Adriano. *Ob. Cit.*, p. 136.

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”<sup>185</sup>), 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 negocial 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 contratantes 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.

---

<sup>185</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. T. I. Vol. IV. 7ma. Ed. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 48.

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.

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 comercial 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 contratantes, 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<sup>186</sup>.

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 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

---

<sup>186</sup> ESTEVILL, Luis Pascual. Ob. Cit., p. 1076.

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)”<sup>187</sup>. 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.

---

<sup>187</sup> ASÚA GONZÁLEZ, Clara. Ob. Cit., p. 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”<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup> VON THUR, Andreas. Ob. Cit., p. 142.

Se dice<sup>189</sup> 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

---

<sup>189</sup> SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. “La responsabilidad precontractual en debate”. En: *Ius et Veritas - Revista de Derecho*, N° 31, Lima, 2005, p. 159.

jurisprudencia y las leyes especiales habían ido perfeccionando 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.

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 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’<sup>190</sup>.

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, etc., son extremos que ahora encuentran acogida legal, pero que ya estaban aceptados. Los

---

<sup>190</sup> LEÓN HILARIO, Leysser. “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*, N° 49, Lima, 2005, p. 139.

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”<sup>191</sup>. 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”<sup>192</sup>. Esto nos demuestra que el Derecho no puede 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.

---

<sup>191</sup> *Ibíd.*, p. 140.

<sup>192</sup> BETTI, Emilio. *Ob. Cit.*, p. 114.

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 negocial 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 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 contratantes. 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 contratantes. 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)”<sup>193</sup>.

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. 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”<sup>194</sup>.

En efecto, ya hemos señalado que al referirnos a la *culpa in contrahendo*, el

---

<sup>193</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Geoges. *Derecho Civil*. México: Pedagógica Iberoamericana, 1996, p. 772.

<sup>194</sup> MEDINA ALCOZ, María. Ob. Cit., p. 87.

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 contratante.

## VI. CONCLUSIONES

1. La declaración de voluntad común, denominada “consentimiento”, que constituye el núcleo del acto jurídico bilateral, puede ser el resultado de un acuerdo instantáneo entre las partes, producto de la coincidencia inmediata de las voluntades, o bien puede constituir la culminación de una serie de actos preparatorios a través de los cuales los interesados han expresado sus diversos puntos de vista sobre el negocio propuesto, hasta llegar a un completo entendimiento. El primer caso caracteriza aquellos contratos de naturaleza preferentemente consensual, que celebramos cotidianamente. El segundo caso, se presenta en aquellos contratos que, atendida su complejidad, exigen una negociación previa, más o menos prolongada, según las circunstancias.
2. El problema de la responsabilidad precontractual, se presenta entonces en esta segunda hipótesis, en esta etapa previa al nacimiento del contrato, pueden surgir dificultades o desavenencias entre las personas que pretendían concretar el negocio jurídico, que pueden suponer una ruptura definitiva de las negociaciones. De ahí que resulta necesario estudiar el período previo a la formación del consentimiento, abordando los problemas que pueden surgir en el mismo, así como la eventual responsabilidad para quienes en él intervienen, cuando el contrato no llega a concluirse.
3. Es factible demandar indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad pre contractual, cuando ha existido mala fe, haciendo creer-expectativa-a la otra parte que se celebrara un contrato, y existe daño cierto real y efectivo (patrimonial y/o extra patrimonial) durante la etapa de las tratativas.

4. La existencia de la responsabilidad civil pre contractual incentiva que las negociaciones sean de buena fe, y otorgan mayor seguridad jurídica a las personas.
5. 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.
6. 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.
7. 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.
8. 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.

9. 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.
10. 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.
11. 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.

## VII. RECOMENDACIONES

1. Aún falta establecer la naturaleza de la responsabilidad por culpa in contrahendo, sin perjuicio de que la doctrina nacional se ha inclinado por afirmar que ésta sería de carácter extracontractual, por cuanto el retiro de una de las partes de las conversaciones contractuales constituiría un hecho ilícito – que produce un perjuicio –, y que por tanto debe ser reparado.
2. Estimamos que el supuesto que permite reclamar la indemnización en sede precontractual es distinto de aquellos establecidos para la responsabilidad contractual y extracontractual. En este caso nos encontramos con el quebrantamiento de la confianza creada en una de las partes acerca de la conclusión del contrato proyectado, por lo cual resulta procedente una regulación autónoma para la responsabilidad precontractual, apartándola de los otros sistemas de responsabilidad civil.
3. 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 las siguientes modificaciones legislativas 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”.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Ediar-Conosur, 1983.
2. ALPA, Guido. *Responsabilidad Civil y Daños. Lineamientos y cuestiones*. Trad. Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.
3. ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José, LÓPEZ CABANA, Roberto. *Derecho de Obligaciones Civiles Comerciales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
4. ARANZAMENDI, Lino. *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Lima: Grijley, 2011.
5. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 1995.
6. ASÚA GONZÁLEZ, Clara. *La culpa in contrahendo*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1989.
7. BELLUSCIO, Augusto y ZANNONI, Eduardo. *Responsabilidad Civil en el derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 1983.
8. BELTRAN PACHECO, Jorge Alberto. “Análisis y funciones de la responsabilidad civil: impacto en la víctima y en la sociedad”. Disponible en sitio web: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=67](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=67)
9. BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

10. BIANCA, Cesare Máximo. “Se regresa a hablar de daño injusto”. En: *Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley, 2006.
11. BOFFI BOGGERO, Luis María. “Responsabilidad - conceptos generales, con especial referencia al Derecho Civil”. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. T. XXIV. Buenos Aires: Driskill, 1979.
12. BORDA, Guillermo A. *Manual de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2003.
13. BREBBIA, Roberto. “Culpa in contrahendo”. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. T. V. Buenos Aires: Driskill.
14. BREBBIA, Roberto. *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1987.
15. BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Editorial Trillas, 1986.
16. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara Editores, 2001.
17. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 5ta. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.
18. CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30ª. Ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007.
19. CASTILLO FREYRE, Mario y MARTÍN HORNA, Pierre. *Tratado de la Teoría General de los Contratos. La plena vigencia del Código Civil en la contratación contemporánea*. Vol. XX. T. I. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002.

20. CELIS RODRÍGUEZ, Rubén. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Librotecnia, 2004.
21. CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. T. I. Madrid: Reus, 1922.
22. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica, 2004.
23. DE ÁNGEL YAGUES, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 1993.
24. DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Barcelona: Editorial Bosch, 1975.
25. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Vol. XI, T. 11. Lima: PUCP, 1996.
26. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2003.
27. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del Contrato Privado*. T. I. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1983.
28. DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos SOTO COAGUILA. *Responsabilidad civil. Derecho de daños, teoría general de la responsabilidad civil y el nuevo derecho de daños. Instituciones de Derecho Privado*. T. 4. Lima: Editora Grijley.
29. DE LOS MOZOS, José Luis. *Responsabilidad en los "tratos preparatorios" del contrato*. Madrid: Dykinson, 2001.

30. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual en la Historia del Derecho Peruano”. En: *Revista Themis*, N° 50. Disponible en sitio web: <http://www.themisderecho.org/descargas/themis-50>.
31. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. T. I. Vol. IV. 7ma. Ed. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003.
32. DIÉZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1995.
33. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. T. I. Madrid: Civitas, 1996.
34. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 5ta. Ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.
35. ESTEVILL, Luis Pascual. *Derecho de Daños*. T. II. Barcelona: Bosch, 1995.
36. ESTIGARRIBIA, María Laura. “La buena fe. Implicaciones actuales en las relaciones negociales”. En: *Estudios de derecho privado contemporáneo*. T. 1. Santiago: Industria Gráfica Libertad, 2014.
37. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Imputabilidad en la Inejecución de las Obligaciones”. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Obligaciones*. T. IV. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
38. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “El Derecho el fin del Siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho”. En: *Revista Scribas*, Año II, N° 04, Lima.
39. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El daño al Proyecto de Vida”. Disponible en sitio web:

[http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_7.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF).

40. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del Derecho*. Lima: Grijley, 1999.
41. GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta. “La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Contractual Europeo”, Año 65, N° 2130, 2011. Disponible en sitio web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3915700>.
42. GASCON ABELLAN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra Editores, 2005.
43. GOMES, Romeu. “Análisis de datos en la investigación”. En: *Investigación social*. Buenos Aires: Lugar editorial, 2003.
44. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al. *Metodología de la Investigación*. México: Editora McGraw-Hill, 2010.
45. IRISARRI BOADA, Catalina. “El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano”, Tesis de Grado para Optar el Título de Abogado, Santa fe de Bogotá, 2000.
46. LEÓN HILARIO, Leysser. “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*, N° 49, Lima, 2005.
47. LEÓN HILARIO, Leysser. *La Responsabilidad Civil: Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. 2da Ed. Lima: Jurista Editores, 2007.

48. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1993.
49. LÓPEZ HERRERA, Edgardo. “Introducción a la Responsabilidad Civil”. Disponible en sitio web: <http://www.derecho.unt.edu.ar/Introdresponsabilidadcivil.pdf>.
50. LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General*. T. I. 2da. Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
51. MASSIMO, Franzoni. *La Responsabilidad civil y los principios generales: El alterum non laedere. Responsabilidad Civil Contemporánea*. Lima: Ara Editores, 2009.
52. MEDINA ALCOZ, María. *Responsabilidad Precontractual*. Lima: Casa Editorial Forum, 2006.
53. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. T. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986.
54. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. T. I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996.
55. OJEDA GUILLÉN, Luis. *La responsabilidad Precontractual. En el Código Civil Peruano*. Lima: Editorial Motivensa, 2009.
56. PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
57. PÉREZ GALLARDO, Leonardo. *Código Civil Comentado*. T. VIII. 2da. Ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.

58. PICASSO, Sebastián. “La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Código Civil de 1998”, 2006. Disponible en sitio web: [http://www.alterini.org/tonline/to\\_ps1.htm](http://www.alterini.org/tonline/to_ps1.htm).
59. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Geoges. *Derecho Civil*. México: Pedagógica Iberoamericana, 1996.
60. ROBLES TREJO, Luis et al. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt, 2012.
61. ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Lima: Ffecaat, 2014.
62. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Ley de Matrimonio Civil - Nuevas Tendencias en el Derecho Civil*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, 2004.
63. ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo. *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1979.
64. SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. “La responsabilidad durante los tratos negociales previos”. En: *Revista Lex Et Veritas*, Vol. 2. Editora Metropolitana, Santiago, 2004.
65. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. “La responsabilidad precontractual en debate”. En: *Ius et Veritas - Revista de Derecho*, N° 31, Lima, 2005.
66. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. *Responsabilidad Civil Contemporánea. La Responsabilidad Precontractual en Debate Panorama de la Doctrina Jurídica Nacional*. Lima: Ara Editores, 2009.

67. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima: Editorial Fecat, 2001.
68. SOZZO, Gonzalo. *Antes del Contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
69. STIGLITZ, Gabriel A. “La Responsabilidad Precontractual en las Relaciones de Consumo”. En: “*La Responsabilidad Homenaje al Profesor Dr. Isidro H. Goldenberg*”. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.
70. TICOMA POSTIGO, Víctor. *El Derecho al Debido Proceso en el Proceso Civil*. Lima: Grijley, 2009.
71. TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. “*Responsabilidad Precontractual*”. Disponible en sitio web: <http://monografias.com/trabajos39/responsabilidad-precontractual>.
72. VON THUR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. T. I. Madrid: Editorial Reus, 1934.
73. ZELAYARAN DURAND, Maduro. *Metodología de las Investigación Jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2000.