

UNIVERSIDAD DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO

**RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL: ENTRE LA
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL Y LA
NECESIDAD DE SU INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

Presentada por:

Bach. Yucely Licet Pérez Romero

Chiclayo, Julio del 2019

UNIVERSIDAD DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO

RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL: ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL Y LA NECESIDAD DE SU INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

I. ASPECTOS INFORMATIVOS.

1. Autor.

Bachiller : Yucely Licet Pérez Romero.

2. Asesor.

Abogado : Dr. Teófilo Rojas Quispe.

3. Tipo de investigación:

3.1. Inductivo – Deductivo.

3.2. Jurídica propositiva.

3.3. Jurídica evaluativa.

4. TESIS.

Para optar el título profesional de ABOGADO.

5. Localidad e institución donde se ha desarrollado la investigación.

Distrito Judicial de Lambayeque – Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

6. Tiempo que ha durado la investigación.

6.1. Inicio : 10 de enero del 2019

6.2. Finalización : 10 de Junio del 2019

7. Fecha.

8. Presentado por:

Bach. Yucely Licet Pérez Romero

Dr. Teófilo Rojas Quispe
ASESOR

9. Aprobado por el jurado.

Dr. Lito Roswell Becerra Angulo
PRESIDENTE

Mag. Javier Díaz Díaz
SECRETARIO

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
VOCAL

DEDICATORIA.

La investigación está dedicada a mis padres, **EMERITA y BASÍDELES**, quienes son parte fundamental en mi vida personal y profesional; a mi tía **SILVIA CAMIZAN** quien desapareció en el Río Nieva el pasado 09 de setiembre del 2018, por su ejemplo de superación y entrega con mi familia.

AGRADECIMIENTO.

Agradecer a Dios, Todopoderoso, por ser el camino, la verdad y la vida, quien me brindó la fe, fortaleza y sabiduría para culminar mis estudios universitarios.

Agradezco a mi Alma Mater La Universidad Particular de Chiclayo – Facultad de Derecho, por haberme aceptado ser parte de ella, y poder desenvolverme en un camino de enseñanza.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	
RESUMEN	
DEFINICIÓN DE TÉRMINOS	
INTRODUCCIÓN	

CAPÍTULO I MARCO METODOLÓGICO

1.1. Aspectos de la problemática.....	18
a. Realidad problemática.....	18
b. Planteamiento del problema.....	20
c. Formulación del problema.....	22
c.1. Problema General.....	22
c.2. Problemas específicos.....	23
d. Justificación e importancia del problema.....	23
d.1. Justificación Teórica.....	23
d.2. Justificación económica.....	23
d.3. Justificación académica.....	24
d.4. Justificación legal.....	24
d.5. Justificación práctica.....	25
1.2. Objetivos.....	25
a. Objetivo general.....	25
b. Objetivos específicos.....	25
1.3. Hipótesis y variables.....	26
a. Hipótesis.....	26
b. Variable independiente.....	26
c. Variable dependiente.....	26
1.4. Marco Metodológico.....	26
a. Diseño y contrastación de hipótesis.....	26
b. Población y muestras.....	27
b.1. Población.....	27
b.2. Muestra.....	27
c. Materiales y técnicas de recolección de datos.....	27
c.1. Fichaje.....	27
c.2. Recopilación de datos electrónicos.....	28
c.3. Recopilación de Leyes.....	28
d. Métodos.....	28
d.1. Método Inductivo – Deductivo.....	28
d.2. Método de investigación jurídica propositiva.....	28
d.3. Método de investigación jurídica comparativa.....	29

CAPÍTULO II EL CONTRATO

2.1. Hacia una definición.....	30
2.2. Cuando se forma el contrato.....	31
2.3. Negociación de Buena Fe.....	33
2.4. La oferta contractual.....	34
2.5. La aceptación.....	35
a. Definición.....	37
b. Caracteres.....	37
b.1. Es una declaración unilateral de voluntad.....	37
b.2. Es una declaración de voluntad recepticia.....	38
b.3. Su conformidad con la oferta.....	38
b.4. Su autonomía relativa.....	38
c. Requisitos.....	38
c.1. Que sea congruente con la oferta.....	38
c.2. Que sea oportuna y definitiva.....	39
c.3. Que sea dirigida al oferente.....	39
c.4. Que sea pura y simple.....	39
c.5. Que guarde la forma requerida.....	39
c.6. Especies.....	39
c.7. Formalidad.....	41
c.8. Extinción.....	41

CAPÍTULO III LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

3.1. Antecedentes de la responsabilidad civil.....	43
3.2. Definición de la responsabilidad civil.....	46
3.3. La responsabilidad civil en la legislación peruana.....	48
3.4. Dualidad de la responsabilidad civil.....	50
3.4.1. Responsabilidad civil Contractual.....	51
a. Antecedentes.....	51
b. Definición.....	51
c. Elementos de la Responsabilidad Civil Contractual.....	52
c.1. La Antijuricidad.....	53
c.2. El Daño.....	54
c.3. Relación de Causalidad.....	55
c.4. Factores de Atribución.....	57
3.4.2. Responsabilidad Civil Extracontractual.....	59
a. Antecedentes.....	59
b. Definición.....	59

c. Elementos de la Responsabilidad Extracontractual.....	62
c.1. La Antijuridicidad.....	62
c.2. El Daño.....	65
c.2.1. Requisitos del Daño.....	65
c.2.2. Afectación personal del daño.....	66
c.2.3. Que el daño sea Injusto.....	67
c.2.4. Clasificación del daño.....	67
c.3. Nexa causal o relación causal.....	69
c.4. Factores de atribución.....	70
c.4.1. Sistema subjetivo.....	70
c.4.2. Sistema objetivo.....	73
3.5. Diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual.....	73
a. Respecto al resarcimiento.....	76
b. Respecto a la constitución en mora.....	76
c. Respecto a los plazos de prescripción de la acción.....	77
d. Respecto a la capacidad del agente del daño.....	77
e. Respecto a la graduación de la culpa.....	78
f. Respecto a otros factores de atribución de responsabilidad.....	79
g. Respecto a los derechos tutelados.....	79

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL.

4.1. Cuestiones preliminares.....	81
4.2. Antecedentes del estudio de la responsabilidad precontractual.....	82
4.3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.....	88
4.3.1. Sobre la naturaleza contractual.....	89
4.3.2. Sobre la naturaleza extracontractual.....	89
4.3.3. Nuestra posición.....	90
4.4. Situaciones en que podemos enmarcar la responsabilidad precontractual.....	92
4.5. Deberes precontractuales en la responsabilidad precontractual.....	93
a. Deber general de información.....	93
b. El deber específico de información sobre la existencia de vicios que afecten la validez del contrato.....	95
c. El deber de lealtad que informa las tratativas preliminares.....	95
4.6. El período de las tratativas o tratos preliminares.....	97
4.6.1. Concepto.....	97
4.6.2. Caracteres.....	98
4.6.3. Etapas.....	99
a. Formación instantánea.....	99
b. Formación progresiva.....	99
b.1. Conversaciones personales.....	100
b.2. Cartas de intención.....	100

b.3. Invitación a ofertar.....	100
b.4. Minutas.....	101
4.6. Aplicación del artículo 1362° del Código Civil.....	101
4.7. La naturaleza de la responsabilidad precontractual en el Perú.....	102
CASO N° 01: Grupo peruano vs Mercedes Benz.....	103
CASO N° 02: Rishing Mendoza vs Banco de crédito del Perú.....	109
4.8. Resolviendo nuestra hipótesis.....	113
CONCLUSIONES.....	115
RECOMENDACIONES.....	117
BIBLIOGRAFÍA.....	119

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHICLAYO:

YUCELY LICET PÉREZ ROMERO, Bachiller de Derecho, cumpliendo con los lineamientos establecidos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chiclayo, presento ante ustedes el trabajo de investigación titulado: **“Responsabilidad civil precontractual: Entre la responsabilidad contractual o extracontractual y la necesidad de su incorporación en el Código Civil”**; el mismo que, reúne los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación.

Agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresar a Uds. las muestras de mi consideración y estima.

CORDIALMENTE.

Bach. Yucely Licet Pérez Romero

RESUMEN

En la presente investigación analizaremos la figura jurídica de la Responsabilidad Pre Contractual, pues, nuestra norma Civil se refiere a ella únicamente en el artículo 1362°, cuya lectura incluso puede pasar desapercibida si es que no se interpretan adecuadamente los efectos de sus disposiciones. El texto del citado artículo es el siguiente: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”* La primera parte del artículo, la que se refiere a la negociación de los contratos, es la que nos interesa para efectos de nuestro estudio: en dicha premisa está contenido el deber de actuación de las partes tratantes antes de que el contrato llegue a celebrarse. Así pues, nos proponemos centrar nuestra atención en esta etapa del *iter negocial*, en analizar cuáles son los deberes de conducta que las partes tratantes podrán exigirse recíprocamente y cuáles serán los efectos si es que se quebrantan dichos deberes. En tal sentido, doy a conocer alcances de esta figura jurídica y como se está desarrollando en el ámbito nacional.

Siendo así, líneas abajo, desarrollaré los matices de la misma, así como la propuesta y definiciones de términos que se desprenden de la Responsabilidad Civil Pre Contractual.

Palabras Clave: Responsabilidad Civil Precontractual, Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Civil Extracontractual; buena fe contractual.

ABSTRACT

In the present investigation we will analyze the legal figure of the Pre-Contractual Responsibility, since our Civil regulation refers to it only in article 1362, whose reading can even go unnoticed if the effects of its provisions are not properly interpreted. The text of the aforementioned article is as follows: "*Contracts must be negotiated, celebrated and executed according to the rules of good faith and common intention of the parties.*" The first part of the article, which refers to the negotiation of contracts, is what interests us for the purposes of our study: in this premise is contained the duty of action of the parties involved before the contract comes to be held. Therefore, we intend to focus our attention on this stage of the negotiation, to analyze which are the duties of conduct that the contracting parties may demand of each other and what the effects will be if these duties are violated. In this regard, I am aware of the scope of this legal concept and how it is being developed at the national level.

Thus, lines below, I will develop the nuances of it, as well as the proposal and definitions of terms that are derived from the Pre-Contractual Civil Liability.

Keywords: Pre-contractual Civil Liability, Contractual Responsibility and Extracontractual Civil Liability; contractual good faith.

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).¹
- 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.²
- 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 obligación de reparar el daño causado por la inexecución de las prestaciones a cargo de los

¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 33.

² BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 254.

contratantes. La culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas.³

- 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.⁴
- 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”.⁵ Porque 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.⁶

³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 5ta. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986, p. 14.

⁴ ALPA, Guido. *Responsabilidad Civil y Daños. Lineamientos y cuestiones*. Trad. Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 56

⁵ SAAVEDRA GALLEGUILLOS, Francisco. “La responsabilidad durante los tratos negociales previos”. En: *Revista Lex Et Veritas*, Vol. 2. Editora Metropolitana, Santiago, 2004, p. 91.

⁶ 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. Consultado el 10 de enero de 2019.

INTRODUCCIÓN

El crecimiento económico que ha experimentado nuestro país en los últimos veinte años ha originado una creciente transformación en sus relaciones contractuales de carácter comercial, lo que a su vez ha traído como consecuencia que las tratativas o negociaciones previas a la celebración de un contrato hayan quedado interrumpidas por el apartamiento de una las partes tratantes, contraviniendo así el deber de la buena fe, lo que obliga a preguntarnos, *¿Dicho apartamiento obliga a resarcir los posibles daños originados a la parte que resulta perjudicada?*, respuesta que trataremos de sustentar en el desarrollo de la presente trabajo de investigación.

La figura de la responsabilidad precontractual en el derecho privado la podríamos ubicar en el Libro de Las Fuentes de las Obligaciones de nuestro Código Civil vigente y como parte del derecho civil privado está regido por el Principio de la Libertad de Contratar, pero que se haya limitado a otro principio, el de la Buena Fe, con el cual las partes deben actuar en la fase preparatoria al pretender celebrar un contrato, lo que obliga a la parte que se desiste de manera no justificada de dichas tratativas, a indemnizar por los daños y perjuicios que ocasione y de ser el caso, obliga a que se suscriba el contrato que viene siendo negociado.

Respecto a la responsabilidad precontractual, son diversos y variados los enfoques que los entendidos han presentado a fin de entender *–y sobre todo aplicar–* los fundamentos y principios en los que ésta descansa y dar así una solución concreta frente a un eventual caso de relevancia que se presente, debiendo para ello, tomar como punto de partida su naturaleza jurídica a efectos de su procedencia. La doctrina alemana es la que encabeza el aporte doctrinario de la responsabilidad de tipo precontractual, llegando a sustentar que cualquier aproximación de carácter negocial da inicio a una relación jurídica especial entre las partes, así, no estaríamos frente a una relación meramente de carácter social sino que los hechos precontractuales constituyen ya una relación de carácter jurídico.

Es aquí donde surge el interés, *-por los juristas en general y la investigadora en particular-* de precisar cuál es el momento previo, o determinar la existencia de un momento previo, a la celebración de un contrato. Desde este enfoque, surge entonces la necesidad de entender, analizar y aplicar la figura de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, tal como lo podemos advertir de los diversos ordenamientos jurídicos, siendo que la legislación peruana, *-si bien existe un tratamiento doctrinario que lo pretender abordar-*, aún no se incorpora expresamente en el ordenamiento legal, existiendo escasa referencia jurisprudencial al respecto, precisamente por su vacío legislativo.

Surge así, pues, el interés legítimo y oportuno para el estudio de la responsabilidad precontractual, más aún hoy cuando *-tal como se ha señalado-* la doctrina lo aborda y justifica su existencia y utilidad, habiéndose señalado tímidamente sobre sus fundamentos, procedencia y principios en los que se inspira.

Es preciso señalar que la buena fe es el concepto que ha fundamentado la responsabilidad precontractual en forma menos controvertida, estableciéndose qué conducta, leal, correcta y honrada es la que debe guiar dichas relaciones. Empero, podemos afirmar que la buena fe juega además un rol social al no quedar subsumida solo en el derecho de los contratos, razón por la cual se le considera como un principio general de derecho.

Nuestro sistema jurídico, al basarse en la ley como fuente principal del derecho, ha provocado que muchas de las decisiones judiciales que se pronuncien sobre el fondo de una pretensión en la cual hubieron negociaciones previas pero sin un cierre contractual, deba ser resuelta aplicando la reglas de la responsabilidad civil extracontractual, debido a la inexistencia de una norma legal que sirva de sustento para la pretensión postulada, lo que trae como consecuencia la escases de precedentes judiciales nacionales referidos precisamente a la responsabilidad precontractual; pretexto que toma la investigadora para indagar sobre el tema y proponer *-de ser caso-* su incorporación expresa a nuestro sistema legal.

En este sentido la tesis presentada se estructura de la siguiente manera: El capítulo I aborda el marco metodológico utilizado por la investigadora a fin de lograr obtener los objetivos trazados y resolver la hipótesis planteada. En el capítulo II desarrollaremos el tema del contrato a fin de determinar cuál es el íter contractual y poder establecer si puede o no incorporarse, en el plano de las tratativas o negociaciones, algún tipo de responsabilidad – *precontractual*– frente al apartamiento injustificado de una de las partes. En el capítulo III estableceremos diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, partiendo –*claro está*– de sus definiciones previas y su tratamiento normativo en nuestro Código Civil vigente.

Por último, en el capítulo IV se tratará de manera exclusiva la Responsabilidad Civil Precontractual, haciendo un recorrido de sus antecedentes y sentando nuestra posición sobre su naturaleza jurídica, analizaremos el artículo 1362° del Código Civil a fin de determinar si la fase de negociación a la que hace referencia el citado artículo resulta ser el punto de partida que justifica su tratamiento independiente en la precitada norma. El trabajo concluye con la presentación y análisis de dos casos en las que podría haberse aplicado la figura de la Responsabilidad Civil Precontractual; sin embargo, la ausencia de una norma específica obliga a la judicatura a orientarla dentro de los matices de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

CAPÍTULO I

1.1. Aspectos de la problemática.

a. Realidad problemática.

En nuestra sociedad, es común que una las partes involucradas en el curso de negociaciones para celebrar un determinado contrato, se aparta de las mismas y como consecuencia de este actuar, su contraparte siente que se le ha producido un daño debido a que de la actitud y conducta de quien ha contravenido una relación precontractual, se habría inferido que las negociaciones iban a concluir en un acuerdo contractual, siendo el caso de la llamada “ruptura injustificada de las negociaciones”.

Sabemos, que las personas antes de tomar la decisión de celebrar o no un contrato, realizan acercamientos a fin de obtener información sobre las ventajas y desventajas de su celebración; sucede también que mediante sus actos dan a entender que la celebración del contrato es inminente, generando así una confianza razonable en su contraparte sobre ello. Sin embargo, cuando la contraparte abandona inoportuna e injustificadamente las tratativas causando daños en la otra, si bien es posible establecer que se trata de un supuesto de responsabilidad civil, resulta impreciso determinar el tipo de responsabilidad aplicable al caso, esto es, si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual.

Frente a esta incertidumbre jurídica extraída de la problemática propuesta, diversas opiniones doctrinales se han inclinado hacia la responsabilidad contractual, toda vez que como las tratativas forman parte del *íter* contractual, un apartamiento de las mismas sin causa está inmersa dentro de dicho tipo de responsabilidad. Esta postura, si bien encuentra una amplia aceptación de los operadores del Derecho, destaca por una falta de unanimidad, lo que conlleva a que otro grupo de juristas, apueste por tratarse de un caso de responsabilidad extracontractual, que en base a los argumentos

que expongan permitirá dar una solución idónea para la problemática presentada. Sin embargo, el mismo caso puede ser visto desde otra óptica: la responsabilidad precontractual.

Así, la presente investigación aborda el estudio de la responsabilidad precontractual por incumplimiento del Principio de la Buena Fe por la ruptura injustificada de los tratos preliminares. Este período está conformado por los primeros acercamientos y negociaciones que realizan las partes donde se comienza a estructurar un acuerdo de voluntades. Se pretende entonces a lo largo de la investigación resolver las siguientes preguntas ¿Se requiere de una regulación clara y expresa de la figura de la Responsabilidad Civil Precontractual? ¿Es necesario la suscripción de un contrato para violentar el Principio de la Buena Fe en las Negociaciones? ¿Existen diferencias entre la responsabilidad civil precontractual con la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual? ¿Cuáles son los elementos para la configuración de la responsabilidad civil precontractual?, siendo que nuestro Código Civil Peruano solo contempla los contratos preparatorios, pero no la responsabilidad precontractual.

Por consiguiente, con criterio personal, soy consciente de que el estudio aquí efectuado no es conforme con las posturas clásicas de la doctrina nacional respecto a la imputación y naturaleza del daño precontractual, debido entre otros, a la relevancia e importancia que le damos a la confianza y a los deberes secundarios de conducta - cuyo origen radica en la buena fe "*in contrahendo*"-, cuyos criterios consideramos como generadores de una vinculación jurídica defendible desde la responsabilidad contractual y por tanto, es posible que dicho estudio no sea compartido por algunos lectores.

A pesar de un contexto como el descrito, del cual claramente no somos ajenos, nuestros académicos solo de manera reciente parecen haberse percatado de la importancia de un estudio exhaustivo sobre la materia y, de manera particular, acerca de la problemática derivada de los daños producidos en la etapa precontractual. En

ese sentido, hay que tener en cuenta que nuestra época, es de la de los contratos, debido a que, muestra relevancia la circulación de bienes y servicios como un mecanismo idóneo para la creación de la riqueza, esto es, la obtención de excedentes económicos (o también llamadas rentas económicas) mediante la correcta asignación de los recursos.

El artículo 1362° del Código Civil establece que: *"Los contratos se deben negociar según las reglas de la buena fe y común intención de las partes"*. Esto precisamente tiene que ver con la responsabilidad precontractual, aquella que se configura cuando aún no se ha celebrado el contrato. Tal como se establece, aún en las negociaciones y antes del perfeccionamiento de un contrato, las partes deben siempre desenvolverse con buena fe.

En consecuencia, el contexto problemático, son propiamente dichas, estas situaciones, que en la práctica comercial se han ideado diversos mecanismos para que las partes actúen de buena fe en la etapa precontractual. Día a día se suscriben miles de documentos que salvaguardan los intereses de ambas partes, por ello, existen muchos casos (la mayoría) en los que no se suscribe ningún tipo de documento en la fase precontractual y esto puede generar que una parte induzca a la otra al error. En nuestro ordenamiento jurídico, además, si una parte erró en esta etapa y luego suscribe el contrato y posteriormente éste se anula, no existe reparación para la persona o más aún una empresa perjudicada; por ejemplo, con la frustración de las expectativas económicas que tenía con relación al contrato.

b. Planteamiento del problema.

Es natural, que previo a la celebración de un contrato, el interesado trate de buscar a la persona *—natural o jurídica—* que le provea el bien o servicio que satisfaga sus necesidades y le permita obtener ganancias, pues para lograr su objeto tendrá que invertir dinero y esfuerzo. Identificada la persona con quien contratar, la contacta

iniciándose así las conversaciones destinadas a llegar a un acuerdo y configurar el contenido del contrato. Pero es el caso que luego de iniciadas tales conversaciones, una de las partes, después de arduas labores de negociación, *—donde se ha invertido tiempo y dinero—*, y cuando todo parecía indicar que el contrato finalmente iba a celebrarse, decide abandonar dichas negociaciones y no concluir el contrato.

Bajo este enfoque, el principal problema que se genera, es identificar los diversos “momentos jurídicos” o “períodos precontractuales” que se atraviesan en los tratos preliminares desde que los sujetos entablan las primeras conversaciones tendentes a la suscripción de un contrato hasta el momento final en que ello efectivamente sucede. En el período de los tratos preliminares, antes que se encuentren las dos voluntades de los co-tratantes, y propiamente antes de la aceptación de la oferta, cada uno de ellos mantiene su propia libertad: el aceptar o no la propuesta de su contraparte.

Bajo esta premisa, se han proyectado sobre esta particular institución jurídica una serie numerosa de casos de la más variada naturaleza que van desde la frustración de la celebración del contrato a los daños acaecidos a la contraparte al momento de iniciarse la negociación. Del primer supuesto, esto es de casos de apartamiento injustificado de tratativas, ejemplo: *"la empresa A confía en B el estudio de un proyecto de construcción, el cual implicaba elevados costos, para luego de ser ejecutados romper la relación entablada"*; en lo segundo, comprende el dinero y tiempo invertido que bien pudo ser utilizado en otras inversiones.

Es aquí donde surge el interés, *-por los juristas en general y la investigadora en particular-* de precisar cuál es el momento previo, o determinar la existencia de un momento previo, a la celebración de un contrato. Desde este enfoque, surge entonces la necesidad de entender, analizar y aplicar la figura de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, pues, si bien puede decirse que existe un tufo doctrinario que lo pretende abordar, aún dicha figura no ha sido incorporada

expresamente en nuestro ordenamiento legal, existiendo escasa referencia jurisprudencial al respecto.

Nuestro sistema jurídico, al basarse en la ley como fuente principal del derecho, ha provocado que muchas de las decisiones judiciales que se pronuncien sobre el fondo de una pretensión deba estar basada en la existencia de una norma legal que sirva de sustento para la pretensión postulada, lo que trae como consecuencia la inexistencia o escasas de precedentes judiciales nacionales referidos precisamente a la responsabilidad precontractual; pretexto que toma la investigadora para analizar y describir la figura de la responsabilidad precontractual y proponer *–de ser caso–* su incorporación expresa a nuestro sistema legal.

En consecuencia, es necesario, resaltar que es de suma importancia, ubicar en una u otra clase de la responsabilidad civil, sea extracontractual o contractual, a la precontractual; particularmente por la clase de acción que debe invocarse cuando se va a perseguir la indemnización por esta clase de daños, ante un juez o un árbitro, ya que en nuestro país no existe una especial acción para la responsabilidad civil precontractual.

c. Formulación del problema.

c.1. Problema General.

¿El tratamiento normativo de la responsabilidad precontractual en el derecho de contratos del Código Civil peruano, resulta ser suficiente para determinar la naturaleza jurídica, principios, fundamentos y procedencia que permitan al Juez en lo Civil un pronunciamiento de fondo respecto a una pretensión de esta naturaleza?

c.2. Problemas específicos.

- a. ¿Por su naturaleza jurídica, la responsabilidad civil precontractual presenta diferencias respecto de la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual?
- b. ¿La responsabilidad civil precontractual contiene elementos propios que deben ser considerados por el Juez en lo Civil para un pronunciamiento de fondo que sustente una indemnización por daños por la ruptura injustificada de los tratos preliminares en la negociación de un contrato?
- c. ¿La figura de la responsabilidad civil precontractual requiere de una regulación clara y expresa en el Libro de Las Fuentes de las Obligaciones – Contratos en nuestro Código Civil vigente?

d. Justificación e importancia del problema.

d.1. Justificación Teórica.

La presente investigación surge del debate dogmático y jurisprudencial, no sólo en el ordenamiento jurídico nacional, sino también en el ámbito internacional, toda vez que varios juristas han realizado un esfuerzo por definir conceptualmente la responsabilidad contractual y extracontractual, existiendo una escasa información de la denominada responsabilidad pre contractual que justifique su incorporación expresa en la legislación peruana.

d.2. Justificación económica.

En la actualidad tiene una significativa importancia dentro del flujo y rodaje económico que vive en nuestro país, por las diferentes políticas económicas

dentro del mercado financiero y político, es preciso tener en cuenta, que no solo las pequeñas empresas puedan salir perjudicadas en la etapa de las tratativas, sino también, hasta el propio Estado pueda resultar perjudicado en la contratación de una obra pública; asimismo, siendo al contrario que el propio Estado pueda incumplir en dicha etapa del contrato.

Para seguir con el lineamiento de investigación, su justificación económica tiene como objeto determinar la seguridad jurídica a la población en general, en el libre tránsito económico que se pueda vislumbrar en las transferencias de información que se puedan dar en las tratativas, siendo importante para no caer confusiones.

d.3. Justificación académica.

La presente investigación beneficiará de manera directa a los operadores del derecho en general, dado la importancia del presente trabajo que resulta útil y pertinente para la formación académica y profesional de todo abogado, toda vez que, se orienta a servir como base a otros estudios, y a despertar el interés en la comunidad jurídica para profundizar o ampliar la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.

d.4. Justificación legal.

Consideramos necesario un marco jurídico idóneo y que las diferentes entidades públicas que ejercen funciones y conozcan el tema en profundidad las diferentes responsabilidades civiles que puedan generar, en cualquier etapa del contrato, precisamente en el tema de las tratativas. Por ende, se justifica porque se necesita una mayor regulación de la responsabilidad precontractual, a fin de que las incertidumbres jurídicas sean resueltas de manera idónea. Asimismo, ayudará al magistrado a fin de no caer en interpretaciones erróneas, sin fundamento en la decisión que le va a generar de la responsabilidad precontractual.

d.5. Justificación práctica.

Con la presente investigación se busca crear una plataforma de ayuda para resolver problemas que se generan y al mismo tiempo propone estrategias que al aplicarse contribuirán a resolverlo.

1.2. Objetivos.

a. Objetivo general.

Demostrar que el tratamiento normativo de la responsabilidad precontractual en el derecho de contratos del Código Civil peruano, es insuficiente y por tal razón no permite al Juez en lo Civil un pronunciamiento de fondo respecto a una pretensión de esta naturaleza.

b. Objetivos específicos.

- b.1. Establecer las diferencias entre la responsabilidad civil precontractual con la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil contractual.
- b.2. Describir los elementos que deben ser considerados por el Juez en lo Civil para un pronunciamiento de fondo que sustente una indemnización por daños por la ruptura injustificada de los tratos preliminares en la negociación de un contrato.
- b.3. Determinar la importancia de una regulación expresa y clara de la Responsabilidad Civil Precontractual en el Libro de Las Fuentes de las Obligaciones – Contratos en nuestro Código Civil vigente.

1.3. Hipótesis y variables.

a. Hipótesis.

SI el artículo 1362° del Código Civil Peruano, no estipula clara y expresamente la figura jurídica de la responsabilidad Civil Precontractual, **ENTONCES** se requiere regular dicha institución jurídica a través de un análisis dogmático y jurisprudencial, a fin de que el Juez en lo Civil pueda emitir un pronunciamiento de fondo que sustente una indemnización por daños por la ruptura injustificada de los tratos preliminares en la negociación de un contrato.

b. Variable independiente.

b.1. Daño.

c. Variable dependiente.

- c.1. Libro de Las Fuentes de las Obligaciones – Contratos del Código Civil vigente.
- c.2. Responsabilidad civil contractual.
- c.3. Responsabilidad civil extra contractual.
- c.4. Tratativas o tratos preliminares en la celebración de un contrato.
- c.5. Ruptura injustificada de tratos preliminares y Principio de la Buena Fe.
- c.6. Decisiones judiciales fundadas en una norma expresa.

1.4. Marco Metodológico.

a. Diseño y contrastación de hipótesis.

El diseño metodológico de la presente investigación es de carácter no experimental 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. Como diseño general se aplicará el de tipo transversal, pues su propósito es describir las variables de estudio, analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado. Como diseño específico, se empleó el explicativo a fin de explicar el comportamiento de las variables 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.

b. Población y muestras.

b.1. Población.

Estuvo determinada por los estudiosos en derecho a nivel nacional e internacional.

b.2. Muestra.

Comprende a los juristas nacionales e internacionales en derecho civil con subespecialidad en derecho de contratos.

c. Materiales y técnicas de recolección de datos.

c.1. Fichaje.

Esta técnica será utilizada para la recopilación bibliográfica, relacionado con el presente tema de investigación, elaborando fichas de registro (bibliográficas), y las fichas de investigación (textual, resumen y comentario).

c.2. Recopilación de datos electrónicos.

Esta técnica será utilizada para recopilar información electrónica que esté relacionado con el tema de investigación.

c.3. Recopilación de Leyes.

Esta técnica será utilizada para recopilar normas jurídicas relacionadas con el tema de investigación.

d. Métodos.

d.1. Método Inductivo – Deductivo.

La investigación parte del estudio del artículo 1362° del Código Civil peruano a fin de conocer la propuesta que el legislador ha realizado con respecto a la responsabilidad civil precontractual que nos permita determinar las deficiencias e insuficiencias respecto al tema de estudio y establecer la importancia de una regulación expresa.

d.2. Método de investigación jurídica propositiva.

Se pretende indagar la falta o deficiencia del enfoque normativo aplicado a la figura de la responsabilidad civil precontractual. Permite evidenciar vacíos o lagunas de las normas jurídicas pertinentes cuestionando las existentes, determinando sus límites o deficiencias a fin de proponer una nueva, la reforma o su derogatoria.

d.3. Método de investigación jurídica comparativa.

Permite identificar similitudes y diferencias normativas y teóricas de dos o más sistemas en el ámbito del derecho nacional o internacional. Incluye el análisis del derecho comparado cuyo objeto es poner en relieve qué, de común o diferencias, tiene el derecho positivo, las posturas teóricas, la jurisprudencia y la legislación.

CAPÍTULO II

EL CONTRATO

2.1. Hacia una definición.

Iniciaremos nuestro estudio teniendo en cuenta las definiciones de figuras jurídicas que guardan relación con la problemática planteada, tal es el caso del contrato. Según la Real Academia Española - RAE, el contrato, proviene del latín *contractus* que puede entenderse como el *“pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”*. En base a dicha definición lexicológica, en términos generales se puede afirmar que un contrato es un acuerdo que se da entre partes en el que las mismas quedan comprometidas en cuanto a una determinada cuestión.

En nuestro ordenamiento jurídico peruano, puntualmente el artículo 1351° del Código Civil define al contrato como: *“El acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”*. Empero, tal como lo advierte el maestro Max Arias-Schreiber dicha definición es igual a la primera parte del artículo 140° del mencionado código, que define al acto jurídico como: *“La manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica”*, siendo la única diferencia que el contrato se restringe a las relaciones jurídicas patrimoniales¹.

Según la Teoría del Acto Jurídico, los actos jurídicos se clasifican en unilaterales y plurilaterales, en los primeros una sola parte es la que declara su voluntad para producir efectos jurídicos deseados por el emisor mientras que en los segundos confluyen dos o más manifestaciones de voluntad para generar los efectos mencionados. Es así que de

¹ El Código Civil de 1984 si bien recoge la noción de acto jurídico bajo la influencia de la Teoría del Acto Jurídico nacida en Francia, lo cierto es que la misma no ha sido acogida por italianos y españoles quienes se han inclinado a favor de la Teoría del Negocio Jurídico elaborada en la Alemania del siglo XIX.

una lectura del artículo 1351° del Código Civil, se puede afirmar que el contrato es un acto jurídico plurilateral (de por sí bilateral).

2.2. Cuando se forma el contrato.

Determinar el momento en que se constituye un contrato es de suma importancia, pues permite establecer desde qué momento se puede decir que ya existe un contrato y a partir de allí *—de su formación o no—* poder delimitar si estamos frente a una responsabilidad contractual o extracontractual o si por el contrario nos encontramos frente a una nueva forma de responsabilidad: la precontractual. Por ello resulta pertinente proporcionar nociones de las fases del contrato, la oferta y la aceptación.

La doctrina ha realizado un estudio masivo de la responsabilidad contractual y extracontractual, encontrándose variados conceptos e interpretaciones, sin embargo, dado el pragmatismo que sitúa el sentido de la presente investigación se citarán los aportes de Manuel de la Puente y Lavalle, de quien no cabe duda que a través de sus obras encuentra una mayoritaria aceptación y prestigio por los operadores del Derecho.

Pues bien, las fases del contrato la conforman la negociación, donde encontramos a la oferta y la aceptación; la celebración y la ejecución; empero, debe entenderse que la celebración y la ejecución del contrato están inmersas en la etapa contractual, estos es cuando ya se ha perfeccionado el mismo, mientras que la negociación forma parte de la etapa precontractual cuando aún no es posible hablar de la existencia de un contrato.

A todo esto, la oferta, según De la Puente: *“es una declaración de voluntad mediante la cual el declarante propone al destinatario la celebración de un determinado contrato. La finalidad de esta declaración es, pues, que mediante la aceptación de la oferta se celebre el proyectado contrato”*², En otras palabras, la oferta consiste en una declaración de

² De la Puente y la Valle, M. (2003) El Contrato en General. Tomo I. 2° edición. Lima: Palestra Editores S.A.C. Pág. 480, 481.

voluntad unilateral por parte del oferente, a través de la cual le manifiesta al destinatario una propuesta, con determinadas condiciones, para contratar con él.

Con respecto a la aceptación, el ilustre De la Puente y Lavalle la considerada como *“una declaración de voluntad emitida por el destinatario y dirigida al oferente mediante la cual aquel comunica a éste su conformidad con los términos de la oferta”*³. Dicho de otra forma, al igual que la oferta, la aceptación es una declaración de voluntad unilateral pero es emitida por el destinatario y que al contar con todas las características necesarias se convierte en aceptación.

El Código Civil vigente en el artículo 1373° regula el perfeccionamiento del contrato y señala que: *“El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”*. A su vez, el artículo 1374° de la norma citada se pronuncia respecto a la presunción del conocimiento del contrato con la recepción del mismo al indicar que: *“La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla”*.

Por lo tanto, en lo que concierne a la formación del contrato, la investigadora comparte la postura del maestro De la Puente, para quien el *íter* contractual se desarrolla así: *“La iniciativa contractual parte del oferente, quien mediante su oferta propone al destinatario la celebración del contrato (...) Recibida la oferta, si el destinatario está de acuerdo con ella, hace suya la voluntad del oferente (...) con lo cual se forma una voluntad común de ambos (...) El aceptante pone en conocimiento del oferente la declaración conjunta de la voluntad común, con lo cual queda formado el contrato (...) si bien el contenido del contrato lo determina el oferente, la formación del contrato es obra del aceptante, pues su aceptación constituye la exteriorización de la voluntad común de ambas partes”*⁴.

³ Op. Cit. 491.

⁴ Op. Cit. 502

2.3. Negociación de Buena Fe.

El artículo 1362° del Código Civil establece que: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*. Este principio se refiere al análisis de la actuación de las partes que han realizado el contrato, se trata de la buena fe de la manifestación de la voluntad, que ha dado contenido al contrato.

La buena fe consiste que un modelo de conducta ético social que tiene un aspecto negativo o de veto, en cuanto rechaza una conducta deshonesta (ejemplo no defraudar); y otro positivo en cuanto impone una conducta de colaboración con los demás para que puedan alcanzar los fines que persiguen (ejemplo, obrar con diligencia con previsión). Asimismo la buena fe es entendida en su sentido subjetivo (buena fe creencia) y una buena fe objetiva (buena fe lealtad). Asimismo la buena fe entendida dentro del tema de la interpretación del contrato, como medida de corrección a la cual se debe ceñir las partes, adopta un matiz de reglas, por ejemplo, tomando en cuenta los usos sociales, dado que son los usos los que determinan cuales son las medidas de corrección que se acostumbra seguir dentro de un determinado ambiente histórico-social.

De conformidad con el artículo en comento, las partes deben conducirse según la buena fe en todo el proceso de negociación. La referencia es compleja porque no queda claro qué debe entenderse por una conducta de buena fe. Es claro que el artículo 1362° del Código Civil alude a la buena fe objetiva o buena fe lealtad y no a la buena fe subjetiva o buena fe creencia. Con la primera se alude al comportamiento sujeto a un *standard* de conducta, esto es, a aquella conducta que puede esperarse de un buen padre de familia; mientras que la segunda se refiere a la creencia que tiene el sujeto de estar actuando conforme a derecho y sin lesionar a terceros.

En el derecho de los contratos y en particular en la negociación no se evalúa lo que la parte creyó o no, lo que se examina es si dicho comportamiento es leal desde un punto de vista abstracto.

La negociación de buena fe puede materializarse en conductas concretas, cuya infracción explica las hipótesis usuales de responsabilidad precontractual. Así, las partes tendrán el deber de informar a sus contrapartes acerca de la existencia de negociaciones paralelas, no generar una falsa expectativa de celebración del contrato que fuerce a la otra a asumir gastos irracionales e incluso informar a su contraparte si comete un error al evaluar los beneficios de la operación y/o de las virtudes del bien o servicio a ser ejecutado. En síntesis, la figura exige que las partes no sólo busquen satisfacer su interés personal, sino que protejan los intereses de su contraparte.

2.4. La oferta contractual.

La oferta es un acto unilateral que crea vínculos a cargo del declarante incluso antes del momento en el cual es aceptada por la contraparte; en efecto, la contraparte que es destinataria, puede apropiarse de ella, rechazarla, o no dar ningún curso a la oferta; el oferente estará vinculado mientras la oferta no sea revocada, aceptada o rechazada. Siendo así, se entiende por oferta como: *"una declaración de voluntad recepticia y unilateral" o "una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato"*⁵.

Para Díez Picazo, la oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato⁶. Así pues, para que exista oferta es preciso que la declaración contenga todos los elementos necesarios para la existencia del contrato proyectado, y que esté destinada a integrarse en él de tal manera que, en caso de recaer aceptación, el oferente no lleve a cabo ninguna nueva manifestación.

Refiere Ruggiero que, la oferta no es solo la iniciativa o determinación de la voluntad aún manifestada de celebrar un contrato, pues se referiría a ella solo en sentido técnico; sino

⁵ Mosset Iturraspe, J., (1997) Contratos, Editorial Culzoni, Buenos Aires. Pág. 54.

⁶ Díez – Picazo, Luis., (1996) Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Editorial Civitas. Quinta Edición. Madrid. Pág. 185.

tan solo declaración de voluntad dirigida por una parte a otra para provocar la adhesión del destinatario a la propuesta⁷.

Por su parte, nuestro Código Civil Peruano, regula la oferta de contratar dirigida al público, conforme se advierte del artículo 1388° de la norma acotada, que establece que: *“La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal”*. En tal sentido, se tiene que la oferta al público sólo le atribuye como una regla de carácter general el valor de una invitación a ofrecer, con lo cual se niega la posibilidad de que las ofertas que se hagan al público cumplan la función de una verdadera oferta, o sea, se reconoce únicamente con perfiles de excepción que la oferta al público sí vale como tal, esto es, que puede cumplir la función que le corresponde de acuerdo con su naturaleza, pero sólo si se indica que la oferta al público tiene el carácter obligatorio de una oferta y, además, si esto se indica claramente. Entonces, en el Perú la naturaleza jurídica de la oferta al público depende no sólo de que sea obligatoria sino de que esto se indique claramente.

Bajo este contexto, entonces la oferta constituye el primer elemento necesario para la celebración del contrato y que se hace efectiva a partir del momento de la llegada del destinatario, siendo que la misma debe cumplir los siguientes requisitos: a) que sea completa; b) que contenga la intención de contratar; y, c) que sea conocida por el destinatario⁸.

2.5. La aceptación.

Se puede establecer que el contrato se concluya en el momento en que se produce la expedición de la aceptación, siendo que, puede establecerse que el momento sea el de la

⁷ Ruggiero, Roberto., (1993) Instituciones de Derecho Civil, tomo II, Editorial, Cívitas, Madrid. Pág. 46.

⁸ Casación N° 4548-2013 Piura, El Peruano, 30-05-2016, F. 9na, P, 78345.

recepción de la aceptación, es decir, el momento en el cual el oferente podía conocer la aceptación.

Así pues, la aceptación es el acto con el cual se completa el contrato. La Aceptación es necesaria tanto para los contratos bilaterales, como para los contratos unilaterales, que crean obligaciones a cargo de una sola de las partes, estando que, el aceptante es el único legitimado para aceptar la oferta, pues es la persona a la cual la oferta va dirigida. Es preciso anotar y no pasa desapercibido, que la aceptación también puede estar condicionada a la aprobación de un tercero.

Es necesario, que la aceptación tenga carácter promisorio, en otras palabras, que la aceptación sea conforme a los poderes que el oferente reconoció al aceptante; estando que, si no hay correspondencia entre la oferta y aceptación, pues la aceptación modifica algunos términos de la oferta, la aceptación no puede considerarse tal, transformándose en "contraoferta" es decir, en oferta destinada a la parte que primero asumió la iniciativa, y que ahora es considerada destinatario de la oferta.

Finalmente es preciso señalar que, nuestro Código Civil en su artículo 1373°, establece que: *"El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente"*. La corte Suprema en la Casación N° 5211-2007 Lima, Publicada en el Diario Oficial el Peruano, el treinta de junio del dos mil ocho, ha dejado establecido que: *"La formación de un contrato o acuerdo queda concluido o perfeccionado cuando las partes hayan prestado su pleno consentimiento, en ese sentido, el consentimiento es la aceptación o conformidad manifestada tácita o expresamente"*.

Por lo que se dice que la oferta y la aceptación son declaraciones de voluntad idénticos en lo jurídico, de manera que la calificación dada a un continente a la otra. En consecuencia, la aceptación es una declaración unilateral de voluntad que viene a constituir al momento final en el proceso de la formación del consentimiento, por tanto, de la celebración del contrato.

a. Definición.

La aceptación al igual que la oferta es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, destinada al oferente y dirigida a la celebración del contrato.

Por su parte, el maestro Puente y Lavalle⁹, expresa que: *“La aceptación es pues, la declaración de voluntad emitida por el destinatario de la oferta en virtud de la cual manifiesta al oferente su conformidad con la oferta”*. Entonces, es indispensable que la aceptación no sólo coincida con los términos de la oferta, sino que se haga mientras la oferta no haya caducado. Luego el consentimiento se forma por el concurso de la oferta y la aceptación.

La aceptación es importante, porque gracias a ella se perfecciona el contrato. Sobre el particular existen dos criterios: a) La Aceptación determina la formación del contrato, b) La aceptación determina e perfeccionamiento.

Obviamente no son conceptos idénticos, porque la formación supone que el contrato ha surgido o a la vida jurídica como consecuencia de la integración de la oferta y la aceptación; mientras que el perfeccionamiento implica la celebración de un contrato válido.

b. Caracteres.

Siendo la aceptación una declaración de voluntad, sus principales caracteres son los siguientes:

b.1. Es una declaración unilateral de voluntad.

Esta manifestación corresponde al destinatario de la oferta.

⁹ De la Puente y Lavalle, Manuel de la Ob. Cit. Tomo I, p. 215.

b.2. Es una declaración de voluntad recepticia.

Porque el destinatario de la oferta la dirige al oferente para que sea conocida por él, salvo que por disposición legal o por convenio el contrato se considere celebrado en el momento de la aceptación.

b.3. Su conformidad con la oferta.

Significa la aprobación de la propuesta por el destinatario de la oferta, vale decir la congruencia o correspondencia entre la oferta y la aceptación.

b.4. Su autonomía relativa.

Ya que, en caso de muerte e incapacidad legal del destinatario de la oferta, sus herederos o representantes legales pueden aceptar la oferta si es que les conviene, en cuya eventualidad, se reputará la aceptación como la oferta de un nuevo contrato. Pero no debe confundirse con aquella situación de muerte o incapacidad sobreviniente después de haber efectuado la aceptación, caso en el cual, el contrato ya está formado; por tanto es, un problema de cumplimiento de contrato y no de la formación del mismo.

c. Requisitos.

Evidentemente, la aceptación para que sea válida debe reunir algunas exigencias:

c.1. Que sea congruente con la oferta.

Significa que la oferta y la aceptación deben coincidir por completo; por consiguiente, la conformidad con la oferta se puede expresar mediante un simple sí y sus efectos se producen automáticamente.

c.2. Que sea oportuna y definitiva.

Quiere decir que la aceptación debe ser inmediata y expresada mientras la oferta se encuentre vigente; o sea, dentro del plazo fijado por el oferente o el fijado por la ley; de lo contrario la aceptación resultará tardía o extemporánea. También la aceptación debe ser concluyente y no estar sujeta a retracciones o variaciones posteriores.

c.3. Que sea dirigida al oferente.

La aceptación por su carácter recepticio debe ser dirigida y conocida por el oferente, ya que ésta es además la respuesta a la oferta. En esa línea de pensamiento la aceptación dirigida a persona distinta o la efectuada por el destinatario sin indicación de nombre, resulta inexistente y sin valor alguno.

c.4. Que sea pura y simple.

Esto es incondicional, solo así la aceptación podrá coincidir con la oferta, pero sí el destinatario condiciona su aceptación a algún hecho o situación, deberá considerarla como una contraoferta. En todo caso, la oferta debe contener la intención de contratar.

c.5. Que guarde la forma requerida.

Al igual que la oferta, cuando concierne a contratos solemnes, la aceptación debe observar la formalidad requerida para el correspondiente negocio jurídico.

c.6. Especies.

En atención a la *forma o modo* de aceptar, puede ser de los tipos:

➤ **Expresa.**

La aceptación es de esta naturaleza si la aceptación ha sido emitida por el destinatario de la oferta por medio de la expresión oral y también se da a conocer mediante la expresión escrita.

➤ **Tácita.**

Cuando la aceptación no es manifestada y debe deducirse de la naturaleza de cierto actos. El artículo 1380° del Código Civil se refiere a la aceptación tácita deducida de los actos de ejecución y, el artículo 1381° del Código Civil, a la aceptación que no requiere declaración si la oferta no fue *rehusada* sin dilación.

De otro lado, en razón del *tiempo* la aceptación puede asumir otras formas, pero los tipos más conocidos son los que se indican:

➤ **Oportuna.**

Cuando la aceptación llega al oferente en el plazo de vigencia de la oferta, determinando el perfeccionamiento del contrato. Así en artículo 1375° del Código Civil, establece que la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente en forma oportuna.

➤ **Tardía.**

La aceptación es tardía cuando llega a conocimiento del oferente en forma extemporánea o inoportuna; no obstante, ello debe distinguirse dos casos; que tardíamente se produzca la aceptación o que tardíamente llegue la aceptación al oferente. El artículo 1376° del Código Civil, dispone que la aceptación tardía

y la oportuna que no sea conforme a la oferta, equivalen a una contraoferta; sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

c.7. Formalidad.

Siendo la aceptación una manifestación de voluntad unilateral y recepticia, puede exteriorizarse de muy diversos modos, siempre que su eficacia no dependa de la observancia de las formalidades establecidas por la ley, en ese sentido, prima la libertad de la forma.

Pero el artículo 1378° del Código Civil expresa que, no tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente, el fundamento de este dispositivo se halla en que aquél ha impuesto una condición al destinatario de su oferta, que debe ser tomada en cuenta y respetada para que la aceptación tenga plena validez. Es más, refiere Arias Schreiber¹⁰, en el caso de los contratos en los que la ley exige el cumplimiento de una forma determinada bajo sanción de nulidad o en los que las partes han convenido una especial, tanto la oferta como la aceptación podrán revestir cualquier forma, pero el contrato no se entenderá concluido sino a partir del momento en que se cumpla la solemnidad exigida por la ley o impuesta por las partes.

c.8. Extinción.

La aceptación al igual que las ofertas también se extingue en los casos siguientes.

¹⁰ Arias-Schreiber Pezet, Max. (1995) Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo I. Contratos: Parte General. Gaceta Jurídica Editores. Lima. Pág.130.

➤ **Por retractación.**

No existe inconveniente para que el aceptante se retracte de su aceptación antes de que llegue a conocimiento del oferente, porque todavía no es una aceptación eficaz, lo cual solo será posible entre personas ausentes, en el cual media un lapso de tiempo entre la emisión de la aceptación la llegada a su destino. El artículo 1386° del Código Civil prescribe, que se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

➤ **Por caducidad de la oferta.**

Si el destinatario de la oferta es quién fallece o deviene incapaz antes de emitir su declaración de aceptación, se entiende que la oferta caduca, lo que solo puede ocurrir cuando la oferta se hace sin conceder plazo determinado o determinable y si el oferente y destinatario de la oferta no se hallan en comunicación inmediata. El artículo 1387° del Código Civil prescribe que, la muerte o la incapacidad sobreviniente del destinatario de la oferta determinan la caducidad de ésta.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

3.1. Antecedentes de la responsabilidad civil.

En la actualidad la responsabilidad civil y responsabilidad penal se han bifurcado en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo. En los albores de la humanidad no puede hablarse de responsabilidad civil, hasta resulta impropio hablar de derecho en el sentido actual. Pero aún en esas épocas el ser humano vivía en primitivos clanes, con los lógicos desencuentros que la convivencia implicaba.

La fuerza fue el primer instrumento de incipiente orden. Cuando un individuo sufría un daño, el mismo no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y los agravios se tomaban contra toda la otra tribu de la que formaba el ofensor. Esta venganza era un derecho primitivo que permitía limitar las relaciones entre los miembros de los clanes.

La venganza, como forma de reparación del daño, tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad. Se quemaba toda una aldea por provocar una muerte, o cometerse un genocidio por una violación. Posteriormente se produce un avance jurídico de mucha consideración 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 guarda relación con el daño causado. Surge así la Ley del Tali3n contenida en el C3digo de Hammurabi.

Pese a lo “equitativo” que podr3a resultar aplicar la Ley del Tali3n se advirti3 que dicho sistema no era la mejor soluci3n, puesto que a la v3ctima de nada le serv3a devolver el

mismo mal al ofensor. Si había quedado ciego porque le habían vaciado el ojo, al vaciar el ojo del ofensor seguía quedando tan ciego como antes. Se pensó entonces que en algunos casos debía permitirse la indemnización por bienes equivalentes. Esta compensación en un primer momento fue voluntaria, fijada por acuerdo de partes. En el derecho germano, sucedió lo mismo aunque se legislaron ciertas penas infamantes, como ser cortar el cabello o marcar señales de fuego en la frente, arrojar al causante al río cargado con piedras o un perro a sus espaldas. Como estas penas debían ejercer una gran presión social se permitía redimirlas con dinero.

Posteriormente la autoridad fijó valores y se pasó del sistema de composición voluntaria a la reglada, perdiendo el autor del daño la opción de elegir. El *quantum* de la indemnización ya no se dejaba al libre arbitrio de las partes, sino que era fijado por una autoridad 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 derecho romano, en la Ley de las XII Tablas también encontramos ejemplos de limitación de la venganza por intermedio de los daños múltiples: 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 otros¹¹.

La Lex Aquilia es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto, a tal punto que la expresión responsabilidad aquiliana se utiliza como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Su nombre se debe al tribuno Aquilio. 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.

¹¹ Bianca, Cesare Máximo. (2006) Se regresa a hablar de daño injusto. En: Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley.

También en Roma, la responsabilidad es fuente de obligaciones; el ciudadano romano el *pater familia*, como titular de núcleo familiar estuvo obligado a responder por los actos realizados de los sujetos a su cargo, como si de él mismo se tratase.

La responsabilidad civil se clasificó primeramente en delictual y cuasi delictual. “*El delito es todo acto ilícito que es castigado con la pena*”¹², pudiendo ser público y privado. El primero se sancionaba con una pena de carácter pública; o sea, el Estado se encargaba de imponer al transgresor una pena pública¹³. En los segundos, la pena es reducida a composición pecuniaria a un particular, lo que ahora se conoce como reparación, a través de una indemnización.

En las Instituciones de Gayo y de Justiniano fueron delitos privados: el robo (*furtum*), la rapiña, el daño y una sub clasificación del mismo, daño en propiedad ajena (*damnum iniuria datum*) y la injuria¹⁴. En el Digesto se establece: “*menoscabo es un daño causado sin culpa por parte de quien lo ocasiona*”¹⁵, en ese sentido, los romanos se percataron de que los daños podían ocasionarse sin mediar el *animus doli* del sujeto activo; sin embargo, la lesión debía repararse por medio de una composición pecuniaria.

Durante la caída del Imperio Romano 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. 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

¹² Bonafente, Pietro. (2007) Instituciones de derecho romano, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Pág.512 y ss.; Orizaba Monroy, Salvador. (2006) Las Obligaciones y los Contratos. Derecho Sucesorio. Tópicos de derecho privado-romano, México, Sista. Pág. 239-243.

¹³ Op. cit. Pág. 513.

¹⁴ Op. Cit. Pág. 515.

¹⁵ Op. Cit. Pág. 377.

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. Aparece la escuela del derecho natural, con Grocio y Puffendorf quienes 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 culpa¹⁶.

A fines del siglo XIX, Saleilles y Joserand¹⁷, contextualizaron la teoría del riesgo creado, donde según sus postulados para el nacimiento de la responsabilidad objetiva solo se requiere que el autor que cause un daño a través del empleo de aparatos o sustancias que son peligrosos en sí mismo, a pesar de haber sido utilizados con las precauciones necesarias.

En la actualidad, la responsabilidad civil es materia de análisis por diversos doctrinarios, los cuales han venido configurando sus características, elementos y clasificaciones.

3.2. Definición de la responsabilidad civil.

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*

¹⁶ López Herrera, Edgardo. “Introducción a la Responsabilidad Civil”. Disponible en sitio web: <http://www.derecho.unt.edu.ar/Introdresponsabilidadcivil.pdf>. Consultado 10 de febrero del 2019.

¹⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando. (2000) Responsabilidad. Diccionario Jurídico Mexicano, P-Z, 14ª. Ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas. Pág. 2840 y ss.

*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”*¹⁸

Es importante tener presente que la correcta concepción jurídica de la responsabilidad ha de partir sobre una concepción completa de la persona humana y del derecho. Como lo afirma el jurista y juez argentino Rodolfo Vigo: *“El derecho está por y al servicio del hombre, o mejor dicho, de los hombres que integran la sociedad política, y no al servicio de los juristas, la ciencia o la autoridad. Ahí donde alguien recibió un daño jurídico que no se puede justificar, no obstante que proviene de una conducta que generalmente es lícita o que tiene su presunción o apariencia de legítima, debe reaccionar el derecho e impedirla o ponerle fin”*¹⁹.

La doctrina propone diferentes definiciones que pretenden recoger el concepto. Así, por ejemplo, en Colombia Jorge Santos Ballesteros señala que la responsabilidad civil *“[...] consiste en reparar el daño que se ocasione a otra persona en relación causal con el incumplimiento de un deber jurídico sin causa que lo justifique”*²⁰.

El jurista Carbonnier la entiende como *“La obligación de reparar el perjuicio causado a otro”*²¹. En el mismo sentido, para resaltar la importancia de la existencia de los perjuicios los Mazead expresan: *“Todo problema de responsabilidad supone un daño cuya víctima pide reparación; a diferencia de la responsabilidad moral, la responsabilidad jurídica no existe sin una acción o una abstención y sin perjuicio”*²².

¹⁸ Gény, F. Risques et Responsabilité. Citado por Felipe Osterling Parodi en Las obligaciones pág. 350.

¹⁹ Rodolfo Luis Vigo, De la Ley al Derecho, 2ª ed., México, Porrúa, 2005, pág. 244. En sentido similar el Filósofo Juan Fernando Sellsz afirma: “El derecho es de la persona y para la persona, pero no es la persona o contra la persona. Juan Fernando Sellsz, La persona humana, Parte III, Núcleo personal y manifestaciones, Bogotá, Universidad de La Sabana, 1997, pág.214. Citado por Luis Diez Picaso, en los Fundamentos del Decho Civil Patrimonial pág. 200.

²⁰ Jorge Santos Ballesteros, Instituciones de responsabilidad civil, t. I, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores núm. 21, 1996, pág. 35. Citado por Granda de Trazegnies en la Responsabilidad Etracontractual, pág. 150.

²¹ Jean Carbonnier, Droit Civil, vol. II, Paris, Themis, 1959 pág. 569. Citado por Leyser Leon Hilario, en la Buena Fe en la Negociación de los contratos, pág. 200.

²² Henri y León Mazeud y André Tunc. Citado por Felipe Osterling Parodi, en las Obligaciones pág. 100.

Para Jorge Adame, la palabra “responsabilidad” deriva del verbo “responder”. Como primera noción explica que la responsabilidad ocurre cuando una persona dueña de sus acciones ha de dar cuentas a otras personas, por el incumplimiento de sus deberes y las consecuencias que tienen de ello. El autor citado señala que, “[...] *para la existencia de la responsabilidad son necesarias dos personas: quien accionar una conducta incumpliendo un deber, y una segunda, quien resiente el incumplimiento y se lo imputa a la primera*”²³.

La responsabilidad está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados a la vida de relación de los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Al exigirse la existencia de un daño, sea pasado, presente o futuro, pero cierto, los autores nos señalan el contenido específico de la obligación que surge en cabeza del sujeto responsable del daño: la de reparar los perjuicios²⁴.

En conclusión, podemos decir que en un sentido jurídico estricto estamos ante la responsabilidad civil cuando la obligación, la contraprestación, tiene como contenido específico la obligación de reparar un daño antijurídico. En este sentido, Javier Tamayo Jaramillo dice para definirla: “[...] *podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita ha producido a terceros*”²⁵.

3.3. La responsabilidad civil en la legislación peruana.

Es preciso anotar, que toda persona física o jurídica es susceptible de producir un daño a un tercero, ya sea por acción, omisión o negligencia; así pues, el daño puede conllevar

²³Adame Goddard, Jorge, *Filosofía social para juristas*. Citado por Gustavo Palacios Pimentel en Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano. Pág. 50.

²⁴Alpa Guido. Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil. Pág. 113.

²⁵Vidal Ramirez Fernando. La Responsabilidad Civil. Pág. 201.

consecuencias penales cuando la acción, omisión o negligencia está tipificada como delito, y consecuencias civiles cuando se entienda que no siendo delito sea preciso repararlo o reparar la situación anterior al daño o ambas.

Ahora bien, en nuestro Código Civil vigente, en materia de responsabilidad civil se adscribe a un sistema dual; esto es, responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. La Responsabilidad Contractual está regulada en el artículo 1314° y siguientes del Código Civil, bajo el rubro de “Inejecución de las obligaciones”. Por su parte la Responsabilidad Extracontractual se encuentra regulado en los artículos 1969° a 1988° de la norma acotada. Siendo que en el Derecho Civil lo que le interesa es que no haya daño sobre la tierra que no encuentre una indemnización en el patrimonio del causante del daño; el problema es encontrar el patrimonio que debe reparar el daño y además que esté en capacidad de hacerlo; es decir, tenga el respaldo económico necesario para resarcir los daños ocasionados.

Evidentemente, se hubiera deseado que el Código Civil acogiera las teorías más actuales y adaptara el principio de la difusión del riesgo que, al menos para el caso de los accidentes de rutina, ofrece una mucha menor solución que las teorías clásicas. Lamentablemente, no ha sido así. El Código ha adoptado la posesión más anacrónica y ha optado por la teoría de la culpa; sin embargo, dado que esta es insostenible en sus formas más puras, a pesar de la agresiva militancia subjetivista que se advierte en la redacción del artículo 1969° del Código Civil, que el legislador de 1984 ha tenido que objetivizar esta teoría en varios aspectos importantes y esta combinación de elementos subjetivistas y objetivistas, sin el marco eficaz de la difusión del riesgo, lo ha llevado a incurrir en contradicciones y en lagunas.

Ahora bien, afortunadamente los Códigos, la ley no constituyen todo el Derecho, por el contrario, las leyes no son sino la materia prima con la que la doctrina y principalmente la jurisprudencia construirá las soluciones jurídicas. En última instancia, el derecho real es aquel que es efectivamente vivido; es decir, es la interpretación que realizan los

tribunales y que tiene carácter imperativo en cada caso particular. El Código ofrece simplemente proyectos de soluciones que tienen que ser efectivamente implementadas con carácter imperativo por la jurisprudencia.

Es por ello que, si bien la intención del legislador es importante para conocer el sentido de la ley, no hay que olvidar que la ley desde el momento en que nace asume una vida propia y obliga solo por lo que su texto expresa; y nada más. De manera que si la expresión del texto permite, quizá a pesar del legislador, puede permitir establecer mandatos que no fueron siquiera pensados o que si pensados no fueron queridos por el legislador, prevalece el texto abierto de la ley frente a los intentos extralegales, de quienes fueron legisladores para precisar el texto en un sentido u otro a través de declaraciones, explicaciones o exposiciones que ya no tienen carácter obligatorio.

La sección relativa a la responsabilidad civil extracontractual, aun cuando se auto declara partidaria de la teoría de la culpa en el primero de sus artículos, en verdad recoge elementos de construcción muy diversos que pueden ser aprovechados de diferente manera. Por ese motivo, sin apartarnos del marco estricto de la ley, es posible quizá hacer una lectura creativa y dinámica del texto del Código de manera de intentar recuperar a través de los intersticios y contradicciones de ese marco, aquellos objetivos que el legislador descuidó.

3.4. Dualidad de la responsabilidad civil.

Tradicionalmente, la noción de responsabilidad se bosqueja en el marco del Derecho Civil con arreglo a una perspectiva binaria: una de ellas, conexas con las figuras de la obligación y del contrato, en la medida en que ambos constituyen vínculos que comprometen a los sujetos para realizar una prestación determinada, con la consiguiente sujeción a efectos desfavorables en caso de incumplimiento²⁶; la otra, se basa principalmente en la

²⁶ Recientemente, sobre el incumplimiento de las obligaciones, por GIORGIANNI. *L'inadempimento*. Milano, 1959. Citado por Scognamiglio Renato, en la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual Pág. 50.

verificación de un daño injusto, frente al cual, de concurrir ciertos presupuestos, el Derecho intenta reaccionar con la imposición de un deber de resarcimiento al sujeto causante²⁷.

3.4.1. Responsabilidad civil Contractual.

a. Antecedentes.

Para iniciar el tema de responsabilidad contractual, se debe tratar el tema de las obligaciones y para ellos es necesario remontarnos en el pasado hasta la época del imperio romano, pero no para ahondar sobre su historia general, si no solo para extraer el origen de la palabra “obligación”, la misma que proviene del latín “obligare” recogiendo a su vez los vocablos “ob” (adelante, a causa, de, junto o cerca de, alrededor de) y “ligatio” (ligar o atar).

Es así que puede considerarse como primero concepto de la palabra obligación, la cual ha servido de base para la doctrina extraídas de las institutas de Justiniano en la que señala que... *“la obligación es un vínculo de derecho por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad”*.

b. Definición.

Para Diego Portales *“La responsabilidad es contractual si el deber de conducta violado o incumplido ha sido establecido previamente en un contrato que generó alguna obligación de dar, hacer o no hacer, y la parte obligada incumplió o violó esa obligación o deber de conducta”*. Por su parte José León Barandiarán, refiriéndose a nuestro ordenamiento sustantivo, precisa lo siguiente: *“No*

²⁷ Scognamiglio Renato. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual Pág. 51.

solamente el incumplimiento de la prestación responsabiliza al deudor en caso de falta, culposa o dolosa. La prestación debe cumplirse en forma adecuada y completa. En consecuencia, un cumplimiento defectuoso, parcial, irregular, responsabiliza al deudor por el perjuicio que atañe al acreedor con el no cumplimiento regular.”

Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1321° del Código Civil definimos la responsabilidad contractual como la obligación del deudor de indemnizar al acreedor por los perjuicios que le ha originado el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de su obligación.

En el derecho moderno, con una mera definición define la obligación como: *“la obligación es un vínculo de derecho por el cual somos constreñidos a dar, hacer, o prestar algo”*. Siendo así, la responsabilidad contractual es aquella que deriva de un contrato celebrado entre las partes, donde uno de los intervinientes produce daño por dolo, al no cumplir con la prestación a su cargo o por culpa por la inejecución de la obligación, por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, la cual deberá ser indemnizada.

En la responsabilidad contractual se intentó explicar bajo el sistema subjetivo, por un lado, invocando la *“culpa in contrahendo”*, esto es, fundamento en la inobservancia del deber de diligencia en las tratativas; y por otro lado, alegando *la Responsabilidad Precontractual*, que funda la responsabilidad en el quiebre o interrupción injustificada de las tratativas precontractuales.

c. Elementos de la Responsabilidad Civil Contractual.

Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios, bien sea compensatoria o moratoria, por la existencia de una responsabilidad contractual, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos:

c.1. La Antijuricidad.

Una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.

Vale decir, el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo permitido por el Derecho; esto es, dentro de los límites de lo lícito. Esto significa en consecuencia, que no existe responsabilidad civil en los casos de daños causados en el ejercicio regular de un derecho; por cuanto, se trataría de daños causados dentro del ámbito de lo permitido por el sistema jurídico; es decir, supuestos de daños autorizados o justificados por el ordenamiento jurídico.

La Antijuricidad Típica Contractual se encuentra plasmada en lo preceptuado por el artículo 1321° del Código Civil que estipula: *“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a la culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía evitarse a tiempo en que ella fue contraído”*.

En la responsabilidad contractual la antijuridicidad debe ser siempre típica, ya que es consecuencia de un incumplimiento, cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación; por tanto, la conducta que puede dar lugar a una indemnización son siempre conductas tipificadas legalmente.

Evidentemente, si se causa daño mediante una conducta, existiendo relación de causalidad adecuada y los factores de atribución correspondientes, no habrá responsabilidad; es decir, el autor del daño no será responsable, si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo permitido por el Derecho; esto es dentro de los límites de lo lícito.

c.2. El Daño.

Este elemento es considerado por muchos, el más importante y complejo, pues si no se demuestra su existencia y la relación de causalidad entre este y el incumplimiento, no se podrá de ninguna manera demandar una indemnización.

Etimológicamente la palabra “daño”, procede de la voz latina “*damnum*” que significa pérdida, perjuicio o gasto. Muchos autores lo definen como la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica del sujeto producida por un hecho voluntario o producto de la negligencia y que genera la obligación de indemnizar.

El daño puede ser de dos categorías:

c.2.1. Daño Patrimonial:

Constituido por el daño emergente y el lucro cesante.

c.2.2. Daño Extrapatrimonial:

Constituido por el daño moral o daño a la persona.

Su importancia es tal, que de faltar, sería inoficioso el investigar si el cumplimiento es imputable al agente o si este se encuentra en mora, ya que para que opere la indemnización de daños, estos deben existir realmente. Sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado.

Doctrinariamente, se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo. Fernando de Trazegnies, citando a Alfredo Orgaz dice: *“Existen diferentes tipos de daños reparables. Pero ante todo es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación, el daño, cualquiera sea su naturaleza debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético, el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño.”*

De lo señalado precedentemente podemos afirmar que el daño eventual no es indemnizable porque no es cierto, entendiendo como daño eventual el hipotético, aleatorio, fundado en suposiciones o conjeturas. Así también el daño indemnizable debe ser directo, esto es, debe provenir directamente del incumplimiento de la obligación contractual. El daño indirecto no se indemniza jamás porque no existe nexo causal entre el incumplimiento contractual y el daño por el otro. Finalmente, el daño moral es indemnizable, entendiéndose por tal todo el sufrimiento, aunque no tenga una apreciación pecuniaria.

c.3. Relación de Causalidad.

Los hechos son siempre fenómenos complejos por la concurrencia de circunstancias diversas que influyen en el resultado, en nuestro caso, del

daño cuya reparación se pretende. Cuando hablamos de un hecho aludimos a una modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen sus elementos. Sin embargo, cada hecho no es sino un eslabón en una cadena causal en la que se suceden otros hechos que son antecedentes de aquél y hechos que son su consecuencia.

La cuestión de determinar en cada caso, cuál de los hechos antecedentes es la causa de un cierto resultado es problema no muy fácil de comprender y que en cada caso constituye un problema a determinar.

En el caso de la responsabilidad contractual, es necesario que entre el incumplimiento, por una parte, y el daño o perjuicio por otra, medie una relación de causalidad: que el daño sea la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del hecho dañoso.

Es precisamente por falta de nexo que el daño indirecto no se indemniza.

La relación de casualidad está referida a la existencia de una relación jurídica de causa y efecto entre la conducta antijurídica y el daño causado y significa que este último debe ser consecuencia de la conducta antijurídica, es decir del incumplimiento del deudor.

Efectivamente, el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro.

c.4. Factores de Atribución.

La Imputabilidad del Perjuicio, es otro de los elementos para que proceda la indemnización de daños y perjuicios, es el que el incumplimiento, sea total, parcial o simplemente un retardo, sea imputable al deudor; es decir los factores de atribución que determinan la existencia de la responsabilidad.

Únicamente bajo esta premisa se le considerará como autor de los daños causados y, por tanto, obligado al resarcimiento correspondiente. Este requisito exige que el deudor incumplidor o el autor del acto dañoso hayan incurrido en culpa, clasificado en tres grados, de acuerdo a lo señalado por Lizardo Taboada Córdova *“El factor de atribución depende del tipo de responsabilidad: en la responsabilidad contractual, es la culpa, clasificado en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo”*.

c.4.1. El Dolo.

Se define en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 1318° del Código Civil, como la intención deliberada de no ejecutar la obligación; sin embargo, no es lo mismo dolo civil y dolo penal.

Al respecto, Aníbal Torres Vásquez, en sus comentarios al mencionado artículo del Código Civil nos dice que: *“Hay que diferenciar el dolo civil del penal, pues el primero se conforma con una voluntariedad teñida de mala fe, pero sin exigir la intención de dañar... La causalidad dolosa es lo que la Ley castiga y no la entidad del daño ni la finalidad primordial de dañar que podría configurar el dolo penal”*.

En el sentido, si esta intención dañosa aparece en el incumplimiento de alguna obligación contractual, ese dolo tendrá como efecto un

aumento de la responsabilidad del deudor; puesto que, responderá en este caso no sólo de los perjuicios ocasionados, sino también de los perjuicios futuros, daño emergente y lucro cesante.

c.4.2. La Culpa.

Es la negligencia, descuido, falta de diligencia o cuidado, falta de precaución, inadvertencia, con que una persona afronta el cumplimiento de sus obligaciones.

La diferencia señalada anteriormente permite aumentar o disminuir la responsabilidad según lo señalan los artículos 1319°, 1320° y 1321° del Código Civil. Así lo señala Lizardo Taboada Córdova, cuando dice: *“Así, si el incumplimiento es consecuencia de dolo o culpa grave del deudor, los daños y perjuicios a reparar son todos aquellos consecuencia inmediata y directa del incumplimiento que pudieran preverse o no al momento de contraerse la obligación”*.

Por el contrario, si el incumplimiento obedeciere únicamente a la culpa leve sólo se indemnizarán los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento que podrían preverse al momento de contraerse la obligación. Ello ciertamente significa que el *“quantum”* indemnizatorio no depende solamente del nexo causal sino también de los factores de atribución subjetivos precisados.

3.4.2. Responsabilidad Civil Extracontractual.

a. Antecedentes.

La Responsabilidad Civil Extracontractual en nuestro derecho data del Código Civil de 1852, que adopta el principio de culpa como base para la determinación de culpa, la culpa debe ser demostrada por el demandante; en el Código Civil de 1936 mantuvo igual la teoría de la culpa y en nuestro actual Código Civil de 1984 la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en el Libro VII, Fuente de Obligaciones Sección Sexta, tanto como responsabilidad objetiva y subjetiva.

b. Definición.

Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual.

Se presupone la generación de un daño, independientemente de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes. En este aspecto incide el artículo 1969° del Código Civil, cuando establece que aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por dolo o culpa corresponde a su autor.

Pueden ser definidas las obligaciones que generan responsabilidad extracontractual las que nacen de una relación jurídica entre dos personas, que no se encuentran previamente unidas por vínculo contractual alguno, como consecuencia de actos u omisiones no penados por la ley, imputables a

una de ellas a título de culpa o negligencia, que producen daños en los derechos personales o patrimoniales de la otra y que se traducen en el deber de indemnizar los mismos.

Así pues, se debe tener en cuenta que la responsabilidad civil extracontractual, es un deber jurídico general de no hacer daño a nadie. Los criterios de información en materia de responsabilidad civil extracontractual se proyectan bajo tres criterios de información:

- **La Responsabilidad Subjetiva:** Acto Ilícito - Dolo O Culpa

Es el principio rector de la responsabilidad extracontractual. Siendo que en el artículo 1969° del Código Civil, establece que: *"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"*.

Podemos afirmar que es doloso cuando contraviene un deber y es culposo cuando ha sido realizado sin voluntad de causar daño por negligencia (descuido, imprudencia, impericia).

- **La Responsabilidad Objetiva:** Acto Lícito - Riesgo o Peligro

Se da con la responsabilidad por el empleo de cosas riesgosas o actividades peligrosas; no se requiere que medie una conducta dolosa o culposa, basta que exista un nexo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa con el daño causado al agraviado a consecuencia de dicha actividad.

Está contemplado en el Artículo 1970 Código Civil que establece: *"Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una*

actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro está obligado a repararlo".

La Responsabilidad Extracontractual es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación. El Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos.

La Responsabilidad Extracontractual coloca el acento en la reparación de la víctima antes que en el castigo del culpable; ejemplo: el automovilista imprudente puede ser sancionado con multas - *aun si no ha llegado a producir daños*, o eventualmente con sanciones penales si su conducta ha sido particularmente grave; sin embargo, en el Derecho Civil se ocupa fundamentalmente de reparar a la víctima, persigue el resarcimiento económico de quien sufrió el daño. Independientemente de que el causante merezca un castigo o no.

Como puede advertirse, resarcir es desplazar el peso económico del daño; liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpable, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.). Sin embargo, no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe alguna buena razón para que ésta otra lo soporte. Notemos que obligar a una persona a cubrir los daños de un accidente equivale a convertirlo en víctima; y si las víctimas son tratadas con simpatía por el Derecho Civil, no podemos aumentar el número de ellas creando, paralelamente a la víctima directa o física, otra víctima de carácter económico. De ahí que el Derecho haya explorado ciertos *principios* que permiten justificar la transferencia del peso económico del daño.

c. Elementos de la Responsabilidad Extracontractual.

c.1. La Antijuridicidad.

Es todo comportamiento humano que causa daño a otro mediante acciones u omisiones no amparadas por el derecho, por contravenir una norma, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Las conductas que pueden causar daños y dar lugar a una responsabilidad civil pueden ser:

- Conductas Típicas.

Cuando están previstas en abstracto en supuestos de hecho normativo. Es decir; la conducta contraviene una norma.

- Conductas Atípicas.

Aquellas que no están reguladas en normas legales, pero vulneran el ordenamiento jurídico. La conducta contraviene valores y principios.

La Antijuricidad Genérica es aceptada en el ámbito de la Responsabilidad Extracontractual, porque incluye las conductas típicas y atípicas. Nace la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante:

- Un comportamiento no amparado en el derecho,
- Por contravenir una norma de carácter imperativo
- Por contravenir los principios que conforman el orden público o
- Las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres.

Resulta evidente que siempre es necesaria una conducta antijurídica o ilegítima para poder dar nacimiento a la obligación de indemnizar. Se entiende, entonces, que la antijuridicidad es toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del derecho, por lo cual el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo lícito.

En el ámbito de la responsabilidad no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas en cuanto se encuentre previstas en abstracto en supuestos legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico.

Nuestro ordenamiento jurídico establece como Responsabilidad Subjetiva *"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"*; según lo establecido en el artículo 1969° del Código Civil. Podemos afirmar que es doloso cuando contraviene un deber; y el culposo cuando ha sido realizado sin voluntad de causar daño por negligencia (descuido, imprudencia, impericia).

Además, la Responsabilidad Subjetiva es el principio rector de la Responsabilidad Extracontractual, pero admite también una Responsabilidad Objetiva; establecida en el Artículo 1970° del Código Civil: *"Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro está obligado a repararlo"*.

c.1.1. Causas De Justificación Del Hecho Dañino.

Nuestra legislación prevé como causa de exoneración de responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad.

- El Ejercicio Regular de un Derecho.

Para Juan Espinoza tiene su origen en la antigua formula romana "*qui suo iure utitur neminem laedit*". Así el que viola un hecho ajeno en el ejercicio de su propio derecho no actúa antijurídicamente y, por ende, ninguna responsabilidad le incumbe por los daños que pudiere ocasionar. Ejemplo: Derecho de Retención (Artículo 1123° del Código Civil).

- La Legítima Defensa.

Esta figura se inspira en el principio enraizado de la conciencia social y jurídica, por lo cual toda persona puede defenderse del peligro que exista de agresión, cuando no haya manera de contar con la tempestiva y adecuada intervención de órganos competentes del ordenamiento. Tiene como características: i) el peligro debe ser actual; ii) el peligro debe amenazar un interés directo y plenamente tutelado por el derecho; iii) la amenaza debe ser injusta; iv) el recurso de defensa debe ser necesario e inevitable; v) la reacción debe ser proporcional a la agresión.

c.2. El Daño.

Es la lesión a un interés jurídicamente protegido. Sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado.

c.2.1. Requisitos Del Daño.

Todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, esto implica que quien alegué haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige además nuestra legislación, ya en el plano procesal, así el Artículo 424º del Código Procesal Civil hace referencia a los fundamentos de hecho, de derecho y a los medios probatorios.

Doctrinariamente se exige que el daño sea cierto o real; esto es, efectivo. El daño futuro también es indemnizable, en la medida que sea real, esto es, que necesariamente se tenga que producir. En cambio, el daño eventual no es indemnizable porque no es cierto, se entiende por daño eventual al hipotético, fundado en suposiciones.

El daño indemnizable debe ser directo, debe provenir directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual.

El daño indirecto no se indemniza jamás, porque no existe nexo causal entre el incumplimiento o el hecho dañoso, por un lado, y el daño por el otro. Cabe señalar que en la Responsabilidad Extracontractual los daños imprevistos no se indemnizan jamás. La previsibilidad de los daños no tiene cabida en la responsabilidad

delincuencial o culposa, puesto que al ejecutarse el hecho dañoso no existe un vínculo jurídico previo que ligue al dañador con la víctima, teniendo como requisitos los siguientes:

c.2.2. Afectación personal del daño.

En todo supuesto indemnizatorio se verifica la existencia de una relación entre el sujeto responsable y la víctima, siendo esta última la llamada a solicitar la reparación por haberse perjudicado su interés. La presente necesidad se complementa con la exigencia establecida en el artículo 424° del Código Procesal Civil de identificar al sujeto demandante y al demandado, es decir en correspondencia que en materia procesal está considerada como una condición de acción.

El daño se va concebir como el menoscabo de un interés, diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado, por ende, la víctima no necesariamente va ser el afectado en forma concreta, sino también cuyo interés se ve perjudicado.

Ejemplo: Una persona sufre un atropello quedando invalido, este sujeto antes del accidente trabaja en una mina, percibiendo un ingreso suficiente para cubrir las necesidades de su cónyuge e hijos quienes dependían económicamente de él, en este caso no solo es víctima el atropellado, sino también su cónyuge e hijos quienes no podrán seguir estudiando, ni cubrir sus necesidades, toda vez que el padre era el único ingreso económico de la familia.

Hay que diferenciar entre los sujetos damnificados, considerando que pueden existir damnificados directos, que son los que se ven afectados de manera directa con el resultado dañoso al haber

participado en forma concreta en el evento (víctima) y damnificados indirectos que son aquellos que ven afectados sus intereses sin que hayan participado directamente de manera concreta en el evento (cónyuge, hijos, etc.).

c.2.3. Que el daño sea Injusto.

Se hace referencia con este requisito a que el daño debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil, en otras palabras, un daño cuya realización no sea "justificada" por el ordenamiento jurídico.

Para solicitar y obtener una indemnización, el interés dañado es reparar, no debe haber sido objeto de un resarcimiento previo que haya dado lugar a su satisfacción, puesto que permitir su indemnización se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido al considerarse que se pagó doblemente por un mismo concepto.

c.2.4. Clasificación Del Daño.

c.2.4.1. Daño Patrimonial.

Viene a ser la lesión de derechos de naturaleza económica o material que debe ser reparado, por ejemplo la destrucción de una computadora. A su vez se clasifica en:

- Daño Emergente: Viene a ser la pérdida patrimonial como consecuencia de un hecho ilícito, implica siempre un empobrecimiento, comprende tanto los daños inmediatos como

los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas; es en consecuencia la disminución de la esfera patrimonial, ejemplo, la factura de los medicamentos a consecuencia de una intervención quirúrgica, el costo de las terapias de rehabilitación que son gastos inmediatos y seguros.

- Lucro Cesante: Se entiende como ganancia dejada de percibir o el no incremento en el patrimonio dañado, mientras que en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento de enriquecimiento legítimo, ejemplo, consecuencia de una defectuosa intervención quirúrgica el agraviado no podrá seguir trabajando, por lo que está dejando de percibir ganancias que normalmente hubiera obtenido.

c.2.4.2. Daño Extrapatrimonial.

Viene a ser el daño ocasionado a la persona en sí misma, dentro de la cual se encuentra el daño moral y a la persona. Ambas categorías de daño patrimonial y extrapatrimonial están referidos tanto a la responsabilidad contractual y extracontractual. En cuanto a las diferencias de matiz de regulación legal, el sistema jurídico nacional en lo que respecta al daño extracontractual, ha consagrado legalmente en el artículo 1985° del Código Civil el criterio de reparación integral de los daños, a diferencia del ámbito contractual, en el cual solo se reparan o indemnizan únicamente daños directos según dispone el artículo 1321° del Código Civil.

Para la estimación y cuantificación del daño debe tomarse en cuenta las cualidades personales de la víctima y del agente productor del daño, la prueba de los daños es posible a través de los medios

probatorios típicos, atípicos y los sucedáneos de los medios probatorios. Siendo que, para acreditar el daño moral y su cuantificación basta la prueba indirecta, de indicios y presunciones; por lo tanto, no puede ser sufrido por personas jurídicas. Así tenemos:

- Daño Moral: Se entiende como una lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor, afección o sufrimiento, ejemplo la pérdida de un ser querido como consecuencia de un accidente de tránsito con consecuencia fatal. Es la lesión o cualquier sentimiento considerado socialmente legítimo.
- Daño a la Persona: Viene a ser el daño que lesiona a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Afecta y compromete a la persona en cuanto en ella carece de connotación económica-patrimonial.

c.3. Nexo causal o relación causal.

Podemos definirla como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasiono el daño que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados los cuales merecerán ser reparados. Nuestra legislación hace uso del criterio adoptado en la teoría sobre la relación causal, plasmada en nuestro Código Civil vigente, y está presente también en nuestra jurisprudencia.

Este requisito generalmente, se presenta tanto en la Responsabilidad Contractual y Extracontractual, la diferencia reside que mientras en el campo extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa, aunque finalmente ambas teorías nos llevan al mismo resultado, es necesario precisar en que consiste cada una de ellas.

c.4. Factores de Atribución.

Los factores de atribución son el fundamento del deber de indemnizar, existe dos sistemas de responsabilidad: el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos fundamentados en distintos factores de atribución denominados factores de atribuciones subjetivas y objetivas.

c.4.1. Sistema subjetivo.

- Dolo: El derecho tiene diversas acepciones. En sentido lato significa una idea de mala fe, malicia, fraude, daño. Por ello, se entiende como dolo como la voluntad o el ánimo deliberado de la persona del causar el daño, coincide con el artículo 1318º del Código civil en lo referente al incumplimiento de la obligación.

Se presenta desempeñando una triple función:

- Dolo como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir con la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no se habría realizado o lo hubiera sido en condiciones diferentes. En este caso puede ser el dolo

que falsea la intención del agente y que este puede aducir para obtener la anulación de un acto celebrado con ese vicio.

- En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de un hecho.
 - El incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inejecutar la prestación debida.
- Culpa: Es la creación de un riesgo injustificado y para evaluar si ese riesgo sea justificado o no, se necesitara confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual este se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de este; cuando más grande es la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo creado.

La culpa es el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil, que fluye y emana claramente del artículo 1969º del Código Civil; y ante la dificultad de probar la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, nuestro ordenamiento ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de tal modo que la víctima ya no estará obligado a demostrar la ausencia de culpa. Esta inversión de la carga de la prueba y correlativa presunción de culpabilidad del autor en el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual presume la culpa del autor del daño causado.

- Culpa Objetiva o Culpa in abstracto.

Viene a ser la culpa por violación de las leyes, cuando el ordenamiento determina el parámetro de comportamiento y si la persona no cumple es responsable. Un ejemplo clásico es el artículo 961º del Código Civil. El criterio de la normal tolerancia sirva para determinar si hay o no culpa.

- Culpa Subjetiva o culpa in concreto.

Se basa en las características personales del agente, y un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 1314º del Código Civil. Este tipo de culpa engloba a la imprudencia (el sujeto hace más de lo debido) y a la negligencia (el sujeto hace menos de lo debido).

En la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, se suele diferenciar diversos grados de culpa:

- Culpa grave (art. 1319 CC).

Definido como culpa inexcusable y viene a ser el no uso de la diligencia que es propia de la mayoría de las personas. Ejemplo se deja a una persona a cargo de un almacén, deja abierta las puertas de noche y roban los productos.

- Culpa leve.

Es la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

c.4.2. Sistema objetivo.

➤ Riesgo creado.

De acuerdo al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española "riesgo" es una contingencia o proximidad de un daño, y de otro lado, define la palabra peligroso como "que tiene riesgo o puede ocasionar daño.

Para la doctrina el riesgo creado viene a ser el riesgo adicional al ordinario tales como: automotores, artefactos eléctricos, cocinas de gas, ascensores, diversas armas de fuego, insecticidas, medicamentos, actividades industriales.

Todo este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño producido, la relación de causalidad y que se trate de un bien o actividad que suponga un riesgo adicional al normal y común, por lo que merece la calificación de "riesgosos". Haya sido el autor culpable o no, igualmente será responsable por haber causado el daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa.

3.5. Diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

De lo expuesto, consideramos viable sostener la existencia de una distinción entre una y otra responsabilidad, atendiendo al origen y características especiales de cada una de ellas, resulta claro. Sin embargo, existe una corriente unificadora que propugna reunir en una sola la Responsabilidad Civil²⁸.

²⁸ De dicha opinión, entre otros, es Juan Espinoza Espinoza: "Derecho de Responsabilidad Civil" Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2002. Pág. 28. Así también por Lizardo Taboada Córdova en "Elementos de la Responsabilidad Civil". Editorial Grijley Lima 2001. Pág. 25. De igual modo Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana en "Responsabilidad contractual y extracontractual: de la

Los argumentos que fundamentan los autores que están a favor de la tesis monista o unificadora de la responsabilidad civil, se basan en que, tanto si se trata de la responsabilidad contractual *—u obligacional—*, como de la llamada responsabilidad extracontractual *—o aquiliana—*, siempre será necesaria la concurrencia de elementos comunes: la antijuridicidad del hecho,²⁹ el daño y la relación de causalidad entre el daño y el hecho y el factor de atribución de responsabilidad.

Según esta corriente, sea el caso en que se incurra en un incumplimiento contractual, o el que se haya violentado un derecho sin que previamente hallan estado obligadas las partes involucradas, se dice que siempre el daño se genera por efecto de la *conducta antijurídica* del productor del daño. Pues, en el caso del incumplimiento contractual, el no cumplir con una determinada obligación previamente pactada origina que se actúe contrario a derecho, lo cual justifica la razón de calificar dicho incumplimiento (o la conducta del incumplidor) como antijurídica: la transgresión del deber de cumplir con ejecutar la prestación convenida genera la antijuridicidad. Está claro que en el caso de los daños ocasionados entre no contratantes, la conducta del causante del daño será antijurídica puesto que lesiona el derecho de una persona, el cual está protegido por el ordenamiento legal vigente: en este caso se incumple un deber genérico, que es el de no dañar. La antijuridicidad, entonces, puede generarse por acción o, eventualmente, por omisión.

Sobre el criterio de antijuridicidad, en principio, el acto es formalmente antijurídico toda vez que es transgresión de una norma jurídica, un mandato o una prohibición del orden jurídico. Sabemos que las normas jurídicas no son solamente mandatos coactivos, sino exigencias ajustadas al orden de la comunidad, que por su sentido racional apelan a la comprensión de los sujetos de derechos y reclaman consecuentemente obediencia cívica.

diversidad a la unidad” publicada en la obra colectiva “Derecho de Daños y otros Estudios.” Dirección a cargo de Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana. Editora La Ley. Buenos Aires 1992. Pág. 33. También lo admite Roberto H. Brebbia en “Responsabilidad Precontractual.” Ediciones La Roca. Buenos Aires 1987. Pág. 35.

²⁹ Aunque algunos autores consideran que es posible que el hecho productor del daño no sea necesariamente antijurídico (Alterini, Ámela, López, Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2004. Pág. 151) este es un elemento que se encuentra generalizado, por ello lo consideramos dentro de los comunes a ambos tipos de responsabilidad.

En segundo lugar, el acto es materialmente antijurídico en tanto que produce menoscabo en los derechos o intereses ajenos jurídicamente protegidos *–derechos subjetivos, intereses legítimos e incluso expectativas ciertas y legítimas–*. En consecuencia, la antijuridicidad no se agota en la relación entre la acción y la norma, sino que posee también importancia por su contenido.

Expuesto así, podemos precisar que ambos aspectos de la antijuridicidad *–formal y material–* resultan ser inseparables en el ámbito de la responsabilidad civil, pues la mera transgresión de una norma jurídica no es jurídicamente relevante, si no lesiona a su vez, el interés por ella tutelado *–interés jurídicamente protegido–* toda vez que el fundamento central de la responsabilidad, no descansa de modo necesario en el hecho antijurídico, sino en el daño mismo, ya que habrá ocasiones en las que el daño se presente, pese a la licitud de la conducta del agente. Cabe puntualizar que tampoco puede considerarse antijurídica la lesión a un interés no tutelado por ninguna norma.

Es de tenerse en cuenta el aporte de José Busto respecto al tema, al manifestar que *“en determinados supuestos, pese a haberse producido un daño como consecuencia de un comportamiento humano culpable, no surge para el agente la obligación de resarcir el daño causado, puesto que no concurre el presupuesto objetivo de la antijuridicidad. La violación de un derecho subjetivo de otro o de una norma destinada a proteger intereses ajenos constituye, en principio, un hecho ilícito o antijurídico; sin embargo, esta violación puede estar cubierta mediante la concurrencia de alguna causa de exclusión de la antijuridicidad idónea para eliminar la aparente antijuridicidad del evento dañoso”*³⁰.

En conclusión, podemos señalar que la regla aplicable es que, todo acto que origine un daño, sea éste derivado de obligaciones contractuales o de responsabilidades genéricas, debe ser resarcido y el agente productor del mismo está obligado a asumir dicha responsabilidad *–según defensores de la tesis unitaria de la responsabilidad civil–*.

³⁰ Busto Lago, José Manuel. (1998) La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Madrid. Editorial Tecnos. Pág.51.

Empero, es conveniente tener presente que esta regla tiene sus excepciones; no necesariamente la responsabilidad por un hecho dañoso deberá recaer en el que lo produjo, pues, determinadas circunstancias justifican una conducta que, de no haber mediado ellas, sería ilícita. Tal es el caso de las denominadas causas de justificación que, por consiguiente, excluyen la ilicitud de la conducta en el caso dado.

Pese a lo reseñado, la investigadora considera que ambos tipos de responsabilidades presentan considerables diferencias, en los siguientes aspectos:

a. Respecto al resarcimiento.

En ambos tipos de responsabilidad lo configura la extensión del resarcimiento, asumido, obviamente por el responsable del daño. En la responsabilidad contractual, se debe responder por aquellos daños que sean consecuencia de la falta de cumplimiento de la obligación, es decir el daño emergente, el lucro cesante y, eventualmente, el daño moral, que se hayan generado por la inejecución de las obligaciones. En relación a la responsabilidad extracontractual, el monto del resarcimiento debe extenderse a todos los efectos generados a raíz de la aparición del daño, no sólo los que sean consecuencia inmediata, sino también los que sean consecuencia mediata del acto ejecutado. Se incluye en este caso también, según el artículo 1985 del Código Civil, el daño a la persona³¹.

b. Respecto la constitución en mora.

Sobre este aspecto, no cabe duda acerca del momento en que surgen los efectos derivados de la mora. En la responsabilidad contractual, requiere de la intimación en mora por parte del acreedor para que se active la misma, salvo acuerdo de mora automática o que de la naturaleza de la obligación se haga innecesario un

³¹ El CC peruano en materia de responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) regula la teoría de la causa adecuada (artículo 1985) y en incumplimiento de las obligaciones se asume la teoría de la causa próxima (segundo párrafo del artículo 1321°)

requerimiento expreso, conforme al artículo 1333°. Pero, es de anotarse que dichos supuestos excepcionales necesariamente parten de los acuerdos previos de las partes, ya sea que se hayan tomado las previsiones diligentes del caso o que el contenido de las prestaciones convencionalmente pactadas así lo determine. Ahora bien, cuando hablamos de responsabilidad extracontractual, es evidente que ante la falta de tratativas previas, la mora debe generarse de pleno derecho, desde el momento mismo en que se produce el daño.

c. Respecto a los plazos de prescripción de la acción.

La legislación comparada da un tratamiento distinto a los plazos prescriptorios fijados para la interposición de demandas sobre responsabilidad, considerando la distinta naturaleza de ambas figuras. Se fija el plazo prescriptorio de la acción por responsabilidad contractual, de manera más favorable que para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual. El artículo 2001° del Código Civil³² fija los plazos prescriptorios para ambas acciones, estableciéndose diez años en el caso de la contractual en diez años (inciso 1) y dos años en el caso de la extracontractual en (inciso 4).

d. Respecto a la capacidad del agente del daño.

Referido a la capacidad de las personas sujetas a responsabilidad. Según el artículo 1975° de nuestro Código Civil, la persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño cometido por responsabilidad extracontractual, siempre que haya actuado con discernimiento. La capacidad de ejercicio se adquiere, según el artículo 42° del CC, al cumplir los 18 años o, excepcionalmente, por las circunstancias señaladas

³² **Artículo 2001.- Plazos prescriptorios.**

Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

[...]

4. A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.

en el artículo 46° del CC, a partir de los 16 años. A este precepto hay que añadir lo estipulado en el artículo 458° del CC que establece que el menor capaz de discernimiento responde por los daños ocasionados por sus actos ilícitos. Evidentemente, la responsabilidad se extiende incluso a los menores de 16 años, la cual es solidaria con el representante legal del incapaz de ejercicio; pero si se actuó sin discernimiento, responde el representante legal. En cuanto a la responsabilidad contractual, sabemos que sólo pueden ser sujetos de obligaciones lo que tengan capacidad de ejercicio, es decir como máximo se aplica a partir de aquellos casos excepcionales contenidos en el artículo 46° del CC, a partir de los 16 años de edad.

e. Respecto a la graduación de la culpa.

Referido al factor de atribución de responsabilidad, aborda de manera diferenciada las indemnizaciones que se fijan, atendiendo a la presencia de la culpa y al tipo de la misma en ambos supuestos de responsabilidad. En los casos de responsabilidad contractual, la norma peruana establece que se debe responder por incumplimiento de las obligaciones debidas a culpa inexcusable o leve, en este último caso, el monto del resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo de contraerse la obligación, según el último párrafo del artículo 1321° del CC, existiendo incluso la presunción de la Culpa Leve del deudor.

Asimismo, cabría el pacto de exclusión de responsabilidad por culpa leve de acuerdo a lo que se desprende de la interpretación del artículo 1328° del CC, o en todo caso, dependiendo del tipo de la prestación, sólo se respondería por culpa inexcusable en el caso de la responsabilidad por prestación de servicios profesionales contenida en el artículo 1762° del CC. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, no existe ninguna distinción respecto al grado de culpa del agente, para que tenga la obligación de responder por los daños. El que genera un daño por culpa o dolo, debe indemnizar al que ha sufrido dicho perjuicio.

f. Respecto a otros factores de atribución de responsabilidad.

En la responsabilidad contractual, el factor de atribución es básicamente subjetivo y consiste en la imputabilidad por culpa o dolo del deudor en la inejecución del contrato. Por su parte, en la responsabilidad extracontractual, existen además de la culpa, otros factores que dan lugar a la misma, ya que hablamos de responsabilidad objetiva, cuando la atribución de la consecuencia del hecho dañoso no está referida a la culpa, o sea no es imputable moralmente al sujeto autor del hecho, el factor de responsabilidad es objetivo por prescindir de la persona. La aplicación de los factores objetivos al contrario de lo que ocurre con la culpa, debe ser expresamente prevista en la ley, dado su carácter excepcional en el sistema de responsabilidad civil, entre ellos tenemos la responsabilidad por riesgo, de garantía, de equidad, etc., por lo que la culpa no es el único factor a considerar y, por lo tanto, la responsabilidad subjetiva en muchos casos da paso a otro tipo de factores que han de ser tomados en cuenta para justificar el traslado del costo del daño de la víctima hacia el agente dañador.

g. Respecto a los derechos tutelados.

En cuanto a la responsabilidad contractual cuando se presenta incumplimiento, el acreedor dispone de una pretensión que sólo puede oponer, en tanto derecho a la prestación, al deudor. Distintamente, las situaciones jurídicas subjetivas, por cuya integridad vela el ordenamiento, y cuya infracción activa la tutela resarcitoria de la responsabilidad extracontractual, son oponibles a todos.” Evidentemente, este es un aspecto que no admite ninguna observación, ya que existe una diferencia sustancial respecto a aquellos derechos lesionados que pueden ser materia de tutela resarcitoria, dependiendo de la vinculación o la ausencia de ella, que hayan tenido las partes.

Tal como hemos explicado, existen múltiples razones para la investigadora de compartir los criterios del sistema dualista de la responsabilidad. Así, adoptamos posición por las teorías que señalan que ambos tipos de responsabilidad deben ser tratadas, estudiadas, analizadas

legisladas y aplicadas de manera diferente, pues existen fundados argumentos para que ello suceda. Razones que obedecen no sólo a la forma de la generación de las obligaciones (contractual o extracontractual) sino a la diferente naturaleza jurídica de cada una de ellas. Creemos que los rasgos característicos que diferencian ambas figuras, justifican plenamente su tratamiento diferenciado.

La posición adoptada, nos permite analizar el tema de la responsabilidad precontractual, razón por la cual resultaba necesario hacer un repaso de la teoría general de la responsabilidad civil, puesto que vamos a ver que de acuerdo a los diferentes rasgos de cada una de ellas, podremos catalogar el tipo de responsabilidad aplicable a esta figura. El análisis efectuado del concepto de responsabilidad y el haber demostrado que el daño es la base central de la misma, nos permitirá establecer cuáles son las consecuencias que se derivan de la responsabilidad por los perjuicios generados en la etapa precontractual.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL

4.1. Cuestiones preliminares.

Dentro de la amplitud que abarca el tema sobre responsabilidad civil, pretendemos estudiar un tipo de responsabilidad “nueva”, y que surge de los daños que se producen por actos realizados u omisiones verificadas antes de la celebración del contrato, es decir, antes del perfeccionamiento del acuerdo de voluntades. Se pretende determinar si resulta válido solicitar una indemnización, al margen de la extensión de la misma, que también será motivo de estudio, por hechos anteriores a la celebración de un acuerdo y cuál es la responsabilidad que alcanza, si es que la hay, a la parte que ocasiona el daño.

Una de las razones, con el cual en forma equivocada se tiende a pensar que se agota el tema de la responsabilidad precontractual, es la ruptura injustificada de las tratativas preliminares por una de las partes, esto es cuando no se llega a la perfección del convenio por haberse retirado de las tratativas alguno de los negociadores y el otro ha sufrido un perjuicio con motivo de la ruptura.

Otro aspecto que se entiende da lugar a responsabilidad, es cuando habiéndose celebrado el contrato, deviene en inválido debido a un hecho presente en la etapa previa a la celebración del mismo, y es atribuible a una de las partes, toda vez que quien generó la causal de invalidez tuvo conocimiento antes del perfeccionamiento del acuerdo.

De lo expresado, se generan una serie de hipótesis que encuadran dentro de este campo “nuevo” de la responsabilidad, pues, pese a que el estudio de estos temas ha sido ampliamente tratado en la doctrina contemporánea, no existe aún uniformidad de criterios al momento de clasificar este tipo de responsabilidad dentro de la contractual o la extracontractual, ni tampoco acerca de los aspectos accesorios que engloba, tales como

la culpa, el daño resarcible, etc. Se contraponen argumentos encontrados y disquisiciones extensas a favor de una u otra postura, sin embargo, la discusión permanece.

4.2. Antecedentes del estudio de la responsabilidad precontractual.

La Doctrina en general atribuye a Rudolf von Jhering (1818-1892) los primeros estudios sobre la responsabilidad originada en el período de formación del consentimiento. Se debe su origen a un famoso estudio del maestro alemán publicado en el cuarto volumen respecto a la culpa *in contrahendo*, o del resarcimiento en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse, publicado en el cuarto volumen. La doctrina de Jhering tiene sus fundamentos, en el Derecho romano. *“Este reconocía dos casos en los que la parte perjudicada podía resarcirse aunque el contrato fuera nulo o anulable. Así y de esta manera al vendedor de una res extracomercium y al de una herencia inexistente se les podía perseguir por daños, a pesar de la nulidad o anulabilidad del contrato, pues se argumentó que la teoría de la responsabilidad, en estos casos, era la de un contrato perfecto, habida cuenta que no estaban disponibles ni la actio legis Aquiliae ni la actio doli, siendo así que la nulidad de una convención no comporta la ausencia de todos los efectos del contrato sino que sólo de alguno de ellos, cual podía ser el derecho al cumplimiento específico. En definitiva, la responsabilidad por culpa in contrahendo o responsabilidad precontractual tiene precedentes legislativos, y no solamente en base a los preceptos romanos citados sino que, también, al amparo de aquel principio de derecho romano, que prohíbe causar daño a nadie”*³³

El autor alemán sostenía que quien incurría en la culpa susceptible de provocar la nulidad del contrato, tenía el deber de indemnizar a la contraparte afectada por los daños sufridos, hallándose el fundamento de tal responsabilidad en el propio contrato.

Al analizar la *culpa in contrahendo*, podemos referir que, en los casos de responsabilidad precontractual, los daños susceptibles de resarcimiento están constituidos por las lesiones

³³ Estevíll, Luis Pascual. (1985) Derecho de Daños. T. II. Pág. 1023. Barcelona Editorial Bosch.

al interés negativo o interés de confianza, que es, en definitiva, el interés por la no conclusión o frustración del contrato, es decir, el daño ocasionado. Por ello, el resarcimiento del interés negativo (daño) pretende colocar al perjudicado en la misma situación que tendría si no se hubieran iniciado las negociaciones.

El aporte de Jhering tiene un doble mérito a la hora de analizar la responsabilidad precontractual: a) En principio, proporciona la denominación de *culpa in contrahendo* para la responsabilidad civil que emerge en el período de formación del consentimiento; y b) Expone su teoría del “daño al interés negativo” (daño) o de confianza, que se produce cuando una de las partes se aparta, de manera intempestiva o arbitraria, de las tratativas, luego de emitida la oferta, generándose de este modo, el deber de resarcir. Dado que el damnificado en los casos de *culpa in contrahendo*, no podrá invocar la lesión por incumplimiento, o interés positivo, pues esta es solo exigible en un contrato válido y solamente tendrá derecho al resarcimiento del interés negativo o de confianza.

Así, el interés negativo o interés de confianza resulta ser el criterio cuantificador de la indemnización por culpa *in contrahendo* y pretende reponer, en términos económicos, las cosas al estado en el que se encontrarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato, o no hubiese confiado en su validez en los supuestos de convenciones nulas o anulables.

Jhering, estudia el período precontractual, a partir de que la oferta ha sido emitida solo en los casos de los contratos nulos por incapacidad de alguna de las partes o por vicios de la voluntad. El jurista, busca establecer el fundamento legal de esa responsabilidad *in contrahendo* para extender por analogía la solución que los textos romanos acordaban en esas hipótesis a otros casos similares no contemplados por las leyes. La relación que existe entre los actos cometidos en el período precontractual y el contrato nulo o imperfecto, eran determinantes en el fundamento legal de la obligación de resarcir, que no era otro que la culpa contractual. Concluye Jhering al señalar que no es necesario que esa obligación se estipule expresamente, pues la ley lo presume.

Roberto Brebbia³⁴ indica que podría señalarse que el estudio de Jhering se sintetiza en los siguientes puntos:

- a. La *culpa in contrahendo* por su naturaleza es contractual.
- b. El deber de diligencia es el mismo en el período de formación del contrato como en el período de ejecución del mismo.
- c. Solo los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, queda excluida la intervención de terceros.
- d. Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato, no puede haber *culpa in contrahendo*.
- e. La acción se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa contractual.
- f. Para que pueda haber *culpa in contrahendo* tiene que haber existido oferta. Las meras tratativas anteriores a la promesa de contrato no originan responsabilidad civil.

La teoría del maestro Rudolf von Jhering fue aceptada sin discusión alguna por la doctrina, hasta la presentación de una nueva propuesta en 1906, sobre responsabilidad precontractual, cuya autoría corresponde al célebre jurista italiano, Gabriel Faggella, y que tituló “*De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica*”³⁵. El maestro italiano, rechaza en su totalidad la tesis de la *culpa in contrahendo* como fundamento de la responsabilidad precontractual a la vez que precisa la extensión que corresponde otorgar a ese período previo a la formalización del acuerdo contractual. Lo divide en dos etapas, para su mejor comprensión: a) las tratativas realizadas por las partes antes de que se emita la oferta y b) la que comienza con la emisión de la oferta y concluye con la formación del contrato o la cesación definitiva de las tratativas por no llegar a un acuerdo.

³⁴ Brebbia, Roberto. (1987) Responsabilidad Precontractual. Buenos Aires. Ediciones La Roca. Pág. 51.

³⁵ El mérito de este trabajo es que fue el primero en denominar “responsabilidad precontractual” a la responsabilidad que se genera en este período.

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

Para el autor la naturaleza jurídica de ambos momentos es la misma, con la salvedad de que en el segundo período, el nexo se ha estrechado aún más, por lo cual la responsabilidad sería aún mayor, en el caso de la ruptura intempestiva de las negociaciones, se produce una *inflación obligacional*. La diferencia entre uno y otro momento sería de orden cuantitativo y no cualitativo. Para el jurista italiano, el solo hecho del comienzo de las tratativas con miras a celebrar un contrato entre las partes, constituye un hecho colocado bajo la protección del derecho y susceptible de tener un valor jurídico.

Sentencia el autor que las partes pueden interrumpir en cualquier momento las tratativas, cualquiera sea el grado de adelanto logrado, pero la ruptura intempestiva puede originar responsabilidad cuando de ella se produce un daño. Por retiro intempestivo de las negociaciones, se considera cuando una de las partes pone fin a las tratativas sin que éstas hayan seguido su curso normal, ya sea con el perfeccionamiento del contrato o con la ruptura definitiva por falta de acuerdo. *“Aunque las partes conservan en todo momento el derecho de separarse de las tratativas cualquiera que fuese el grado de adelanto en que ellas se encontrasen, la ruptura no deber ser intempestiva, es decir, ninguna de las partes puede sin responsabilidad, interrumpir el curso normal de las negociaciones impidiendo su culminación en el contrato o el descuerdo total.”*³⁶

³⁶ Bustamante Alsina, Jorge. (1986). “Teoría General de la Responsabilidad Civil.” Buenos Aires. Quinta Edición. Pág. 81. Editorial Abeledo Perrot.

Para Faggella el fundamento legal de la responsabilidad precontractual no se encuentra en la culpa, como lo sostenía Jhering, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones³⁷. Y éste puede existir sin que haya dolo o negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo, para que esta violación se produzca. Concluye el autor, en que el resarcimiento por la ruptura intempestiva de las negociaciones debe limitarse sólo a los gastos reales efectuados con motivo de ellas, no debiéndose incluir las ganancias dejadas de obtener. De esta manera, Faggella descarta la teoría del daño al interés negativo sostenida por Jhering, que incluía el lucro cesante.

De la Puente y La Valle, anota que las conclusiones del trabajo de Faggella son las siguientes³⁸

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

³⁷ Íbidem. Pág. 81

³⁸ De la Puente y Lavalle, Manuel. (2003) El Contrato en General. Lima. Palestra Editores. 2003. T. I. Pág. 363.

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

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

El fundamento jurídico de esa responsabilidad lo coloca en el retiro intempestivo, violatorio del acuerdo expreso o tácito entre las partes al entablar las negociaciones, aceptando el fundamento de Faggella. Y sostiene, asimismo, que ese retiro no configura un hecho culposo. Para Saleilles, las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato, tienen desde el primer momento la obligación de obrar de acuerdo a la equidad comercial y a la buena fe. Por lo tanto, existe retiro intempestivo de las tratativas, cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial. Se produce un ataque al uso. Y en cuanto a la extensión del resarcimiento, siguiendo la tesis de Faggella, descarta la teoría del interés negativo, limitándola a los gastos que efectivamente se produjeron a raíz de las tratativas.

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

*responsabilidad, compartiendo el parecer – muchas veces sin identificarse necesariamente con sus fundamentos – de la tesis de Faggella y Saleilles”.*³⁹

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

4.3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.

Determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual ha sido un tema que ha generado controversia a lo largo del desarrollo de esta institución. Recordemos que Jhering ya proponía una naturaleza contractual sobre la *culpa in contrahendo*, basada en un vínculo contractual proveniente del incumplimiento de una obligación de diligencia que tiene propiamente una naturaleza contractual. En contraposición, surgieron quienes, en lugar de asignar a la responsabilidad precontractual una naturaleza contractual, planteaban más bien, un carácter extracontractual (pues se decía que existía la violación al deber genérico de no causar daño a otro: “*neminem laedere*”). Se llegó incluso a proponer la independización de la institución desde su naturaleza; intentando el desarrollo de una teoría específica, que abarcara el desarrollo de la responsabilidad precontractual como un *tertium genus*.

³⁹ De la Puente y Lavalle, Manuel. Op. Cit. Pág. 364.

4.3.1. Sobre la naturaleza contractual.

La doctrina que defiende la naturaleza contractual, precisa que no es aplicable la teoría de la responsabilidad aquiliana (*"neminem laedere"*), en el desarrollo de la *culpa in contrahendo*, en razón a que la obligación de no causar daño a otro no puede ser entendido en el contexto de las negociaciones, ya que debe recaer en personas no determinadas, donde ambas partes no se encuentran identificadas y delimitadas, por lo que no sería posible al supuesto de que la responsabilidad precontractual tenga naturaleza jurídica de responsabilidad extracontractual.

Otro argumento a favor de la asimilación de la naturaleza contractual, es aquella que estima que en la responsabilidad precontractual se presenta un incumplimiento de obligación, pues es verificable la existencia de una obligación que se crea en el momento en que se instauran las negociaciones. Esta postura de la naturaleza contractual se refuerza, equivocadamente a nuestro entender, en el hecho que la negociación se realiza entre personas determinadas, lo que genera que entre ellas se cree un vínculo en razón a la teoría del contacto social, pues basta con que las personas entren en contacto para que surja una obligación.

4.3.2. Sobre la naturaleza extracontractual.

En sentido opuesto, un sector de la doctrina, defiende la aplicación de la responsabilidad aquiliana. Para ellos, la responsabilidad precontractual tiene una naturaleza extracontractual basado justamente en el quebrantamiento de este deber genérico que toda persona tiene, de no causar daño a otro (*neminem laedere*) y por lo tanto una conducta así, sería suficiente sustento para que se constituya un acto ilícito extracontractual, puesto que, se lesiona un deber que no nace de un contrato, sino que es impuesto por la ley a las partes en el desarrollo de las tratativas.

4.3.3. Nuestra posición.

Desde nuestra óptica y de acuerdo a lo expuesto, concordamos en que las partes deben comportarse de acuerdo a los estándares de la buena fe en todas las etapas contractuales, ello incluye la negociación del acuerdo. La etapa precontractual está comprendida desde tratos previos de los futuros contratantes antes de celebrarse un contrato, o la aceptación de la oferta, pues a partir de dicho momento se inicia la etapa contractual como tal que puede iniciarse con ocasión de una oferta pública o privada, o incluso, antes de la oferta, con el hecho de haber acercamiento entre las partes para determinar sus necesidades y posibilidades para concretar el negocio.

Resulta necesario tener claridad sobre el alcance de la responsabilidad civil de quien cause perjuicios a otro durante la fase previa al contrato, ya sea por la celebración de un contrato inválido o por generar una confianza acerca de la celebración del contrato, prolongando de forma contraria a la buena fe unas negociaciones que resultarían frustradas. Son diversas las posiciones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil en esta etapa, y según la opción, la normatividad aplicable es diferente. Si el contrato no se forma o resulta nulo, se discute si la responsabilidad es contractual o extracontractual o si en realidad existe un género autónomo de responsabilidad.

Los debates y las críticas suscitadas sobre la aplicación de los regímenes de la responsabilidad contractual o extracontractual a los daños causados durante el periodo precontractual, han llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de solucionar dicha problemática a través de la creación de un sistema autónomo de responsabilidad civil. En ese orden de ideas, se ha explicado que la relación que se forma en la etapa precontractual entre las partes resulta ser *sui generis*, una relación precontractual, también llamada “precontractual de carácter preparatorio”

o derivada de un contacto social⁴⁰. Aunque, como ya lo hemos señalado, para algunos partidarios de la posición contractualista, en la formación del contrato se presenta una convención o pacto tácito de garantía, al tratarse del producto de una ficción, coincidimos en que resulta más adecuado referirse en estos eventos a una relación precontractual que tiene como origen un contacto social. Otros explican que las tratativas constituyen el elemento objetivo de una relación jurídica pre-negocial y, como esta relación se encuentra regida por el principio general de la buena fe, se genera la obligación de indemnizar si se ocasionan daños por la violación de los deberes de conducta que de él surgen.⁴¹

Así entonces, se ha optado por referirse a la responsabilidad que se origina por los daños causados durante esta etapa como responsabilidad precontractual, en lugar de contractual o extracontractual, pues si el contrato no llega a perfeccionarse o se considera nulo, la responsabilidad no sería estrictamente contractual, pero, a la vez, si las partes quisieron acercarse para celebrar un contrato y han expresado su voluntad en ese sentido, es claro que allí se generan vínculos que no se pueden desconocer y, de esa forma, la situación no se podría enmarcar en una responsabilidad extracontractual propiamente dicha.

No obstante, estimamos que aunque se le llame precontractual a la responsabilidad por los daños causados antes del perfeccionamiento del contrato, en el momento de aplicar las normas pertinentes se tendrá que optar por uno u otro régimen a falta de una normatividad específica en materia precontractual, lo que reconduce la discusión a alguna de las dos opciones inicialmente analizadas.

⁴⁰ Luis Díez-Picazo. (2007). Fundamentos del derecho civil patrimonial. Madrid. Thomson – Civitas, pág. 318.

⁴¹ Jorge Oviedo. (2008) Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. Bogotá. Revista Universitas, Bogotá, pág. 105.

4.4. Situaciones en que podemos enmarcar la responsabilidad precontractual.

- a. Representantes de diferentes empresas se reúnen para negociar la venta de las acciones de una de ellas a favor de la otra. Hechas las ofertas y contraofertas respectivas, surgen las consultas del caso, se sugieren algunas reglas para su ejecución; sin embargo, la operación no llega a concretarse, pese al tiempo y gastos invertidos, por cuanto a una de la partes no le satisface del todo las condiciones planteadas.
- b. Supongamos que los Directivos de una empresa negocian con uno de sus empleados, en relación al posible traslado de éste a una de sus oficinas en otra ciudad. El traslado es inminente toda vez que las tratativas entre los Directivos y el empleado llegaron a un punto tal que alienta a éste a realizar la venta de sus bienes, compra de un inmueble donde residir y otros gastos; sin embargo, el traslado no se realiza por decisión unilateral de la empresa.
- c. El representante del propietario de un inmueble celebra un contrato de compraventa y, en virtud de las facultades otorgadas al representante, los compradores cancelan el precio pactado; sin embargo, a la fecha de la transacción comercial, el poderdante había fallecido, con lo cual queda invalidado el poder que ostentaba el vendedor, quien estaba al tanto del fallecimiento de su poderdante.
- d. Un lote de automóviles llegado del extranjero, presenta desperfectos de fábrica los cuales van a ser determinados en un informe pendiente que emitirá el encargado de mantenimiento; sin embargo, pese a ello, el vendedor de la concesionaria, no informa al comprador sobre las fallas mecánicas que presenta el vehículo materia de la transferencia y que demandará cierta inversión en su reparación.
- e. De las tratativas verbales y compromisos asumidos entre un grupo de rock y un empresario, se genera la certeza de la presentación del primero en determinado

concierto, lo que motiva que el empresario invierta cuantiosas sumas de dinero en publicidad, alquiler de escenarios y equipos, así como venta anticipada de entradas para el espectáculo; sin embargo, llegada la fecha del evento la banda de música se retracta y rehúsa presentarse, alegando que al no haberse firmado ningún documento no se le puede exigir la presentación.

En los casos descritos, por mencionar algunos, advertimos que existe un elemento común: haberse realizado determinados actos que hicieron confiar, por lo menos a una de las partes, en que el negocio propuesto llegaría a buen fin o que éste era válido. Empero, si analizamos detenidamente los ejemplos propuestos, observamos que, ante situaciones por decir similares, no siempre se ocasionarán las mismas consecuencias.

En efecto, no solamente debemos tener en cuenta el resultado final, la frustración en la celebración del negocio o la anulación del negocio posterior, sino que además es necesario determinar cuáles han sido las causas o factores de la no celebración del negocio o de su invalidez, así como determinar si estas han sido debidas a hechos ilícitos de una de las partes, a fin de comprobar si existe alguna carga que ésta deba soportar. Además de ello, se deberá establecer la magnitud del daño causado a la parte afectada y si es que existe tal daño, para valorizar la cuantía del mismo y hasta dónde deben fijarse sus límites.

Reunidos estos elementos, podemos identificar los llamados casos de responsabilidad precontractual.

4.5. Deberes precontractuales en la responsabilidad precontractual.

a. Deber general de información.

El solo hecho de entrar en negociaciones con el propósito de celebrar un contrato, se constituye entre los futuros contratantes una relación jurídica, en el cual devienen

ciertos deberes que nada tiene que ver con el cumplimiento del contrato, que aún no existe, *“sino sobre su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones.”*

Este deber consiste en facilitar aquellas informaciones relativas a las circunstancias decisivas para las decisiones que deben adoptar las partes, exigencia de sinceridad que varía de acuerdo con la naturaleza del contrato.

Esta obligación alcanza a tratar todos los puntos que sean precisos, a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo. Se trata, entonces, de que las partes logren un conocimiento adecuado de todas aquellas circunstancias jurídicas y materiales que contenga el negocio, las aplicaciones del bien o de la naturaleza y alcance del servicio que son materia del contrato en discusión, de tal suerte que, en su momento, puedan concluirlo con eficacia y cumplir satisfactoriamente las obligaciones contraídas.

El fundamento del principio de la buena puede presentarse como *justicia conmutativa*, pues, si una de las partes dispone de información relevante para la completa eficacia del futuro contrato y la otra no, carece del equilibrio necesario para que obligue. Gustavo Ordoqui (2011) refiere que *“El deber de información sustentado en la buena fe cumple distintas funciones básicas: permite un consentimiento con conocimiento de lo que se dice y, además, coadyuva al restablecimiento de la igualdad entre las partes. Así, se actúa con libertad e igualdad, que son el verdadero fundamento del principio de la autonomía privada.”* Agrega: *“Como ya dijimos, en esta instancia el deber de actuar de buena fe no sólo impone conductas negativas, como la de no dañar o no defraudar, sino que impone conductas positivas como la de colaborar, asesorar, dar información, avisos, advertencias sobre peligros, etc. El deber no es sólo de no lesionar al otro con engaño diciendo lo que no es (no hacer) sino que es de hacer, o sea, impedir que el otro se perjudique por no saber, colaborando activamente en la protección de su intereses.”*⁴²

⁴² Ordoqui Castilla, Gustavo (2011). Buena fe en los contratos. Ed- Temis-Ubijus-Zavalia, 2011, pág. 42.

b. El deber específico de información sobre la existencia de vicios que afecten la validez del contrato.

Este deber específico es importante porque está en el origen de la moderna teoría de la responsabilidad precontractual tal como la sostuvo Ihering, en formato de culpa *in contrahendo*, quien se refirió a los vicios de incapacidad de las partes, la ineptitud del objeto y el defecto de la declaración de voluntad. Si bien no se encuentra reglado expresamente por nuestro Código como conducta a observar por quienes preparan un contrato, su lógica está presente para los casos de nulidad absoluta, que, a modo de sanción civil por la ocultación de la información, priva de acción al que sabía o debía conocer el vicio invalidante.

c. El deber de lealtad que informa las tratativas preliminares.

Aunque es cierto que estas tratativas o negociaciones precontractuales carecen de fuerza vinculante entre los co-tratantes en tanto no dan forma todavía a un contrato, sí pueden llegar a constituir un esquema meramente hipotético, que llegará a ser contrato, en caso de que y en cuanto sobre él, esto es, sobre cada una de sus cláusulas, se produzca el consentimiento de las partes. Las proposiciones que se cruzan en esta fase, a diferencia de la oferta negocial, apenas persigue ir delineando los elementos que pueden llegar a convertirse en una verdadera oferta y, por lo mismo, pueden ser más o menos imprecisas y aparecer desprovistas todavía de una intención de obligarse.

Ni el predicado de la buena fe ni la tutela de la confianza obligan a prosperar en el negocio que se discute; simplemente exigen lealtad incluso en el evento de decidir cada uno poner término a las tratativas. Para Enrique Barros (2006), en este período de negociación la buena fe consiste simplemente en “*el propósito efectivo de celebrar un contrato.*”⁴³

⁴³ Barros Bourie, Enrique (2006) Tratado de responsabilidad extracontractual. Ed. Jurídica de Chile, 1ª edición. Pág. 1001

En conclusión podemos señalar que una vez delimitada la cuestión, está claro que el fracaso de la negociación precontractual es una de las hipótesis previsibles y así debe entenderlo cada uno de los que interviene. Lo que el estándar de buena fe no tolera es que ese fracaso sea desleal, injustificado o intempestivo.

Es decir, que la cuestión planteada respecto a dichos tratos preliminares no es la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo que se ha conversado, incluyendo en ello algunos compromisos que por lo general sólo son avances de la negociación sujetos a confirmación; sino tan solo el establecer la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños que ocasiona la ruptura de dichas tratativas. Como sería el caso de la persona que sin una razonable justificación ha roto las negociaciones luego de haber creado en su contraparte la justa expectativa de conclusión del negocio, sea porque decidió intempestivamente abandonarlo o porque ha iniciado o pretende comenzar tratos con otros interesados; del que a sabiendas ha impedido o contribuido, de cualquier otra forma, a que se logre la conclusión eficaz del mismo, bien porque ha conducido las tratativas precontractuales conociendo que existe una causal de nulidad del negocio, o porque sabe o debería saber que la prestación o prestaciones a que se obliga son imposibles de cumplir; y del que luego de haber concluido acuerdos verbales rehúsa suscribir los instrumentos necesarios para el perfeccionamiento del negocio.

En estas hipótesis se habla de culpa *in contrahendo*, para sustentar la necesidad de resarcir los perjuicios ocasionados a la parte cuyas expectativas quedaron frustradas, porque el negocio no se perfeccionó, o fue anulado, o resultó imposible el cumplimiento de las obligaciones contraídas. En otras palabras, por haberse lesionado lo que la doctrina denomina *el interés contractual negativo*.⁴⁴

⁴⁴ El interés negativo es una *fórmula polisensa* cuyo resarcimiento se integra, por tanto, por dos partidas diferenciadas: los gastos inútilmente efectuados durante la negociación infructuosa (daño emergente) y la pérdida de ocasiones alternativas de negocio (lucro cesante)” (*Responsabilidad precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*. Ed. Forum, Lima, 2006, p. 49).

4.6. El período de las tratativas o tratos preliminares.

El período de las tratativas o tratos preliminares, se inicia con los primeros contactos o aproximaciones de los interesados respecto del negocio que tienen en mente, y concluye con la expedición de la propuesta u oferta del contrato. El propósito durante este período es muy variado; es decir, hacer cálculos y valorar posibilidades, para señalar los eventuales términos en los que cabría o convendría concluir el contrato; pero sin proponer en firme una a la otra su conclusión en tales o cuales condiciones definitivamente determinadas, o llegar a un acuerdo sobre las condiciones generales del contrato o reconocer los puntos de divergencia, buscar soluciones idóneas, moderar las pretensiones contrapropuestas, resolver el conflicto de los intereses opuestos; o bien, resolver problemas técnicos de difícil solución que requiera el auxilio de expertos antes de asumir un compromiso.

4.6.1. Concepto.

A menudo en los contratos de importancia económica o de cierta complejidad antes de que se produzca el concurso entre oferta y aceptación, las partes entran en los llamados tratos preliminares de contenido muy diverso, en los cuales dichas partes no quedan obligadas, sino simplemente animadas por su voluntad de discutir cómo querían vincularse, por eso la formación del negocio a veces puede estar precedida por una serie de actos para su perfeccionamiento.

Luego, los tratos preliminares constituyen la etapa pre - comercial que se inicia cuando una de las partes se supone en contacto con la otra o simultáneamente se dan tratos o averiguaciones sobre el negocio que desearían celebrar, la misma que debería estar precedida por una idea central: la necesidad de actuar de buena fe. Una de las formas típicas de los tratos preliminares es la invitación a ofrecer, por la cual al proveedor de bienes y servicios le gustaría escuchar las ofertas y, otra

invitación a negociar por la cual se comunica a la otra parte sobre la posibilidad de llegar a un negocio.

4.6.2. Caracteres.

Ahora bien, los tratos preliminares o las negociaciones previas se peculiarizan por:

a. Interés de las partes en querer contratar.

Supone la existencia de dos o más partes que pretenden concluir un determinado contrato.

b. Ausencia de la obligatoriedad para celebrar el negocio.

Las partes que aspiran celebrar un negocio no están constreñidos legalmente para hacerlo.

c. Libertad para retirarse de las tratativas.

Las partes si no están obligadas a negociar pueden apartarse de las simples tratativas sin consecuencia alguna.

d. Cumplimiento de ciertos deberes.

Es obvio que las partes deben cumplir con ciertos deberes como honestidad, leal y buena fe durante su formación. Si bien la buena fe debe presidir el período prenegocial, es lógico suponer que la ruptura de las tratativas de mala fe, es fuente de responsabilidad por culpa *in contrahendo* o responsabilidad precontractual.

4.6.3. Etapas.

La formación del contrato no se logra de un momento a otro, ni por un hecho o suceso prodigioso, requiere de un proceso de gestación denominado *íterconsensus* o *íter contractus* más o menos breve o prolongado, según la complejidad del contrato, al que la doctrina le señala etapas, algunas eventuales o contingentes, y otras, necesarias. Se distinguen dos formas:

a. Formación instantánea.

Se produce sin contactos previos ni discusión alguna, lo que acontece cuando la oferta y la aceptación se integran en un solo acto, casi de modo inmediato, por ejemplo, cuando una parte acepta la propuesta de un negocio que otra le hace. Esto ocurre cotidianamente en los contratos de escaso valor, pero también en las relaciones contractuales fácticas, en los contratos de adhesión, en las cláusulas generales de contratación, donde el contenido patrimonial puede ser o no considerable.

b. Formación progresiva.

Conocida también como formación sucesiva, es la que se lleva a cabo después de un tiempo más o menos prolongado, en el cual las partes discuten, deliberan y elaboran lo que habrá de ser para ellos una reglamentación de autonomía privada: el contrato. Esto sucede generalmente en los convenios e gran envergadura económica, en los cuales los contratantes demoran en ponerse de acuerdo ya que requieren discutir con detalle las condiciones del contrato.

Limitando la exposición a la formación progresiva o sucesiva del contrato, es importante destacar que la doctrina conoce a esta parte de la formación

contractual como tratativas, tratos preliminares o negociaciones previas⁴⁵, que tienen desarrollos muy diversos, ya que puede abarcar a los hechos siguientes:

b.1. Conversaciones personales.

Los simples diálogos o conversaciones personales persiguen alcanzar el mutuo consentimiento sobre un objeto de interés jurídico, lo que también puede lograrse por medio de representantes.

b.2. Cartas de intención.

Para unos tienen el significado de misivas de presentación y enunciación de propósitos, con mención de razón social, experiencias, posibilidades, etc., y para otros, es la culminación de una serie de tratativas, por cual se negociará el futuro contrato.

b.3. Invitación a ofertar.

Entendida como la declaración de voluntad unilateral, por la cual se pide a una persona o al público en general, entrar en tratativas o, más propiamente a formular una verdadera oferta; esto es, una declaración que sumada a la aceptación del invitante posea la aptitud de originar el consentimiento, lo que se viabiliza remitiendo circulares, catálogos, lista de precios, etc., que ciertamente, ni vinculan ni engendran responsabilidad alguna.

⁴⁵ Los romanos denominaban *tractus*; pero en el derecho moderno se conoce como *tratative* en Italia, *pouparles* en Francia, *hanskugsvorschalge* en Alemania.

b.4. Minutas.

Para unos constituye una simple pre memoria o mero proyecto, redactado sobre la base de tratativas efectuadas hasta entonces y, para otros, el documento en el que se suele fijar por escrito el contenido de los puntos esenciales sobre los cuales el acuerdo de las partes ya se ha formado, pero a los cuales falta todavía algún elemento para ser el contrato buscado.

En consecuencia, el consentimiento se gesta en algunos negocios casi de modo instantáneo, cuando la oferta es seguida inmediatamente de la aceptación; en cambio, en otros, después de negociaciones más o menos prolongadas en el curso de los cuales, se suceden ofertas y contraofertas, hasta que un de un momento a otro surge el cuestionamiento o acuerdo contractual.

4.6. Aplicación del artículo 1362° del Código Civil.

El artículo 1362° del Código Civil, reza: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (...)”*; la determinación de los alcances de este artículo es medular para resolver el problema planteado en las casaciones reseñadas; puesto que, según los hechos, la demandante funda su derecho en el incumplimiento del contrato de arrendamiento y, por otro lado, la demandada sostiene la inexistencia del mismo, tema que además fue abatido en la instancia del mérito.

El artículo 1362° del Código Civil solo es aplicable a las relaciones contractuales; esto es, sus alcances solo pueden ser aplicados a los contratos celebrados, en efecto, cuando la norma señala: *“Los contratos deben negociarse (...) según las reglas de la buena fe (...)”*, solo vincula las tratativas ya sea para interpretar el contrato o para evaluar el comportamiento de las partes en dicha fase contractual siempre que el contrato se logre

celebrar válidamente; en caso contrario, es evidente que dicha norma no es aplicable, y de generarse algún daño en esa etapa *ítercontractual*; el cual fue frustrado, sea por dolo o culpa de alguna de las partes; se debe de entender y regular bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, también es importante mencionar que la doctrina ha construido un supuesto especial de responsabilidad civil, denominado “*culpa in contrahendo*” que busca regular casos como el establecido; aunque en un inicio con una especial característica; puesto que, si bien es cierto no se puede considerar un supuesto con alcance contractual, cierto es también que no resulta *in stricto* un caso de responsabilidad extracontractual, ya que existe entre las partes un mínimo de relación que no tiene los alcances y fuerza de una relación obligación, pero relación al fin.

En este sentido, respecto a los argumentos planteados por la parte demandante, al interponer su recurso casatorio, cuando alega vulneración de los artículos 1362°, 1969°, 1971° y 1985° del Código Civil, se estima que esto es una incongruencia; por cuanto, el artículo 1362° de la norma sustantiva solo es aplicable a las relaciones contractuales y los artículos 1969°, 1971° y 1985° de la misma lo es a los daños por responsabilidad extracontractual.

4.7. La naturaleza de la responsabilidad precontractual en el Perú.

Nuestro Código no ha adoptado un sistema único de responsabilidad, son dos sistemas separados de responsabilidad con reglas propias para cada uno de ellos. Empero, de su contenido normativo puede extraerse 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 Civil⁴⁶, está regulada por las normas relativas a la inejecución de las obligaciones contempladas en el Título IX del Libro VI del Código Civil. Así, nuestro Código Civil recoge

⁴⁶ Artículo 1362. Buena fe y común intención de las partes. Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

de manera tímida 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 co-tratante.

Se ha señalado que por falta de regulación expresa de la figura de responsabilidad precontractual en nuestra legislación civil, los administradores de justicia deben optar por determinar si aplican las reglas de la responsabilidad contractual o responsabilidad extra contractual, existiendo escaso material jurisprudencial que analizar. No obstante, ello no ha sido obstáculo para proceder a la revisión de casos que se encuentran en la realidad, pues no basta solamente con exponer una institución y delimitar los contornos de la misma. Nunca es suficiente con la sola presentación de una teoría, si no podemos poner y comprobar en la práctica su utilización, para lo cual el método funcionalista, nos exige el estudio y análisis de jurisprudencias que precisamente se recogen de casos que día a día están presentes en nuestra sociedad. Sin embargo, en el Perú, lastimosamente aún no hay una aplicación de la responsabilidad civil precontractual en sede judicial, sin contar que de lo hasta ahora descrito, no existe impedimento alguno, para su aplicación. Empero, el hecho que los jueces no hayan aplicado aún la responsabilidad civil precontractual en el Perú, no es motivo para que en la realidad no se hayan presentado casos tipo, donde bien se hubiera podido utilizar esta figura para un mejor esclarecimiento de la causa y consecuentemente una resolución de controversias en base a la justicia.

Quizás el caso que más se aproxima hasta el momento, donde los jueces prefirieron aplicar otra figura jurídica, a aplicar la institución de la responsabilidad civil precontractual es el de los inversionistas peruanos contra Mercedes Benz, y el caso es como sigue:

CASO N° 01: Grupo peruano vs Mercedes Benz.

El 27 de agosto de 1981 el “Grupo Peruano”, a través de una carta, formula una oferta de contrato a Daimler Benz A.G. (conocida como Mercedes Benz); como producto de intensa

correspondencia telegráfica entre las partes, luego de la oferta de celebrar un contrato de representación, la empresa alemana de automóviles acordó (mediante telex) en marzo de 1982, otorgarle la representación general en el país al Grupo Peruano, concretándose, para tal efecto, reuniones en febrero de 1982. Para ello ambas partes debían cumplir con ciertas condiciones, tres de las cuales le correspondían al oferente y dos a Daimler Benz. Como era de esperar, el Grupo Peruano cumplió con las siguientes condiciones:

- a. Ser propietario de un terreno de 15,000 metros cuadrados.
- b. La adquisición de un importante stock de repuestos, y
- c. Disponer y aportar el capital de tres millones de dólares y convenir el traspaso de personal y activos de la compañía AUTEC en el Perú, a lo que posteriormente se agregó el aporte del local de la fábrica SANIVET requiriendo la demanda edificar dos mil metros cuadrados.

Pese a ello la empresa alemana consideró inconveniente formalizar el negocio con el Grupo Peruano, otorgando la representación a otro inversionista, sobre condiciones diferentes a las establecidas en el documento “convenio de bases” suscrito con Grupo Peruano. Además de frustrarse las inversiones efectuadas, también se frustraron las expectativas de ganancia del negocio en proceso, por lo que Grupo Peruano demanda indemnización por daño emergente, económico, moral y por el lucro cesante dejado de percibir. Daimler Benz, en su contestación, alega que si bien los actores cumplieron con los presupuestos a su cargo, previos al otorgamiento de la representación, quedaron algunos puntos pendientes, por lo que no llegó a concluirse el contrato por falta de conformidad sobre todos los extremos, de suerte que las inversiones ejecutadas por los demandantes se hicieron en la fase de la negociación precontractual, y por tanto la indemnización reclamada es extracontractual, por lo que dedujo una excepción de prescripción. Ante esto, el tribunal señala que la controversia se centra en:

La determinación de la existencia o no de una relación jurídica contractual entre las partes, para ello señala que no solo se debe centrar en determinar las voluntades

documentadas sino a los actos ejecutados, como uno de los telex que pone en evidencia la existencia de acuerdos firmes, en lo que atañe a su contenido y decisión de las partes de suscribir el contrato de representación cuando la demandante hubiera cumplido sus tres prestaciones, poniendo fin a las tratativas existentes. En el mencionado telex Daimler Benz expresa su conformidad con proyectos de instalaciones, sugiere la compra adicional de un terreno de quince mil metros y la edificación de dos mil metros cuadrados e indica que enviará determinados planos de edificación, agregando textualmente que la firma definitiva del contrato sólo dependía de la edificación y construcción, según sus conceptos de planos, para lo cual enviaría actores para su revisión. De ello se colige que ambas partes tienen deberes de cumplimiento recíproco.

El tribunal considera que las partes ya se encuentran de la órbita contractual, poniendo fin a las negociaciones, de modo tal que no se puede estar en un ámbito de la responsabilidad extracontractual; sin perjuicio de continuar con las negociaciones. El tribunal señala que, no es dable sostener responsabilidad extracontractual ni culpa precontractual o *in contrahendo*, ya que el telex y las conductas posteriores revelan que las partes ya habían contraído ciertas obligaciones recíprocas de preceptiva observancia “conducentes al contrato definitivo”. El Tribunal ordena a Daimler Benz el pago de US\$.216,121 (dólares americanos) por gastos inmobiliarios, US\$.518,300 (dólares americanos) por capital paralizado, US\$.900,000 (dólares americanos) por lucro cesante, US\$.50,000 dólares para cada uno de los demandantes por daño personal y moral y US\$.200.000 por pérdida en la operación con el grupo Lohmann. De la exposición de los hechos se vislumbran distintas aristas, que deben ser tratadas de manera singular; y nos parece idóneo comenzar por la naturaleza jurídica del vínculo y la naturaleza que éste tenía: El tribunal sobre el particular afirma la existencia de un vínculo contractual en el extremo que dice:

“... Que igualmente consta a fojas doscientos diecinueve el télex y su traducción oficial de fecha quince de marzo de mil novecientos ochenta y dos por el cual la firma

Daimler Benz confirma las conversaciones sostenidas en Lima el mes anterior, referentes a la organización de la presentación general, para lo cual se señalaron cinco puntos materia de cumplimiento o posterior definición y si bien es cierto que de dicho télex no puede inferirse jurídicamente que a esa fecha (...) se hubiera otorgado la representación general en el Perú a favor de los demandantes, fluye evidente la clara intención o común acuerdo de las partes de constituir dicha nueva representación general sobre la base de dicho télex y que los obligaba a determinadas prestaciones, que en consecuencia; ha existido conjunción de voluntades con origen en una previa oferta para las bases de un acuerdo definitivo; consecuentemente un recíproco consentimiento y voluntad para suscribir un convenio formal y completo luego de satisfechos determinados requisitos de cumplimiento debido, de todo lo cual resulta que no es amparable la excepción de prescripción sustentada en una situación jurídica extra contractual ajena a un acuerdo de voluntades”.

La importancia de determinar cuál es la naturaleza de este vínculo que une a ambas partes, radica en el plazo que las partes deben observar para la presentación de la demanda, y el tribunal parece entender que si durante las negociaciones, las partes deciden ejecutar determinadas actividades, con miras a un cumplimiento de las expectativas que se tienen entre sí, bastaría para suponer un vínculo contractual. La investigadora, considera que en la etapa de negociaciones propiamente no podemos afirmar la existencia de un vínculo contractual, pues un vínculo contractual propiamente dicho no tiene una presencia antes de la emisión de la oferta final y definitiva, más aún si tenemos en cuenta que:

La contratación más importante en materia civil y comercial, la más importante operación financiera o económica, las más grandes empresas del mundo moderno, que involucra vínculos contractuales importantes y complejas, tienen a menudo largos y laboriosos periodos de preparación, de discusión, de intereses y de proyectos. Realizada y concretada la propuesta y comunicada para su aceptación; se determina

el momento decisivo, en la cual el contrato o debe perfeccionarse mediante la aceptación de la propuesta, o no debe realizarse. (Faggella 1906: 272).

A lo largo de este trabajo de investigación se ha venido afirmando que antes de que ambas partes se vinculen contractualmente, las negociaciones no dan origen a un vínculo de carácter obligacional. Más aún, todos aquellos actos que las partes realicen en el desenvolvimiento de las tratativas, quedarán comprendidas en las negociaciones, pues estas se realizan con miras a perfeccionar una futura oferta y su consecuente aceptación. Por lo mismo, creemos que el tribunal erró en este extremo, y además trastoca los hechos al punto de confundir la negociación, tomándola como oferta. “[...] *en cuanto al fondo de la materia controvertida demandante y demandado están de acuerdo que, ante la oferta de representación, que efectuó la primera y aceptó la segunda tuvieron tratativas*”.

Sin embargo, no podemos ser indiferentes al problema que acarrea la asunción de la teoría que propugna la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual, esto en vista que, si concibiéramos una postura tal en nuestro ordenamiento jurídico, también tendríamos que entender que los plazos prescriptorios serían los señalados por la ley (dos años), y en el caso que analizamos, si hubiera operado la excepción de prescripción. Lo anterior no es motivo, para que la judicatura no tome una postura clara en torno al problema, dicho de mejor manera, si los jueces desde ya tomaran una sola línea de pensamiento en cuanto a la institución; las partes, que son precisamente los interesados en este tipo de procesos, sabrían exactamente cómo actuar ante un caso similar. Claramente en el proceso que analizamos el tribunal confunde situaciones, posturas y, sobre todo, confunde a las personas.

En otro extremo de la sentencia, parafraseando, el tribunal dice que este vínculo que se instaura entre ambas partes no puede, sino tener naturaleza contractual pues ambas partes se comprometían a ciertas obligaciones necesarias para la firma del contrato, y que de ello resulta que se está ante un contrato base. Creemos que, tanto los contratos base como los contratos de formación regular, tienen un carácter contractual innegable, pues

estos nacen para vincular a las partes desde el inicio, con el consentimiento y conocimiento que ambas partes tienen del mismo, no se pretende negociar en este tipo contractual, sino se busca la redacción de cláusulas base de un mismo contrato. Por otro lado, en las negociaciones, las partes pueden prometerse recíprocamente el cumplimiento de condiciones que hagan viables un futuro contrato, y como ya se dejó dicho, buscando y perfilando la oferta final que se presentara para su aceptación o denegación.

Existe otro aspecto que avala la posición que venimos sosteniendo, el tribunal deja en claro que ambas partes se plantearon cinco puntos sobre los cuales discurrirían las tratativas, en las cuales ambas se repartían compromisos que se debían cumplir para establecer un soporte en la celebración y ejecución del contrato. Tres de estos puntos ya los señalamos en el relato del caso; los cuales eran de cumplimiento de los inversionistas peruanos, y que efectivamente cumplieron; de los dos últimos puntos, se ampara el tribunal para señalar que se puede desprender una voluntad de contratar de ambas partes. Estos últimos puntos, eran el de la exclusividad que Daimler Benz otorgaría al grupo de inversionistas peruanos sobre las ventas a las entidades del Estado sin restricción alguna, posteriormente Daimler Benz mediante télex, varia este punto en referencia de solo otorgarles la exclusividad del aprovisionamiento a las entidades estatales encargadas de la defensa nacional, exclusividad que duraba tres años, de lo cual podemos desprender que efectivamente existen negociaciones donde ambas partes pueden ofrecer y retirar ofrecimientos. No entendemos, como el tribunal a raíz de esta afirmación pudo extraer una voluntad de vincularse contractualmente entre las partes. Sobre el punto quinto, que se reputa también de cumplimiento de Daimler Benz, se estableció la obligación de informar sobre repuestos y otros puntos importantes; no entendemos cómo se pueda aducir que este punto no fue cumplido por Daimler, toda vez, que esta obligación de informar no requiere ser pactado expresamente, pues surge del *neminem laedere* (contenido en el artículo 1969° del C.C.).

Finalmente, nos detendremos sobre el monto que se concedió por concepto de resarcimiento. Se solicitó la reparación del daño emergente, daño moral, daño económico y lucro cesante por los ingresos dejados de percibir durante cinco años. La decisión de los juzgadores al reconocer un vínculo jurídico, y el incumplimiento del mismo, trae consigo muchas consecuencias, como la opción de resarcir el daño al interés positivo, y más peligroso aún, reconocer la existencia de un contrato, con todo lo que implica esto, sobre la base de negociaciones. Como propusimos antes, de ser el caso de la aplicación de la responsabilidad precontractual, seremos capaces de tener en claro que el interés que se busca resarcir es el interés negativo, que comprende todos aquellos gastos que las partes hayan desembolsado con miras a la celebración de un contrato futuro; así como, el resarcir el daño de manera integral. Puesto en práctica en el caso que se relata, tendremos que lo más justo, lógico y coherente era otorgarles por concepto de resarcimiento por daño al interés negativo, todo lo que los inversionistas peruanos hayan podido desembolsar, y dejarlos en la posición en la que estaban si no hubieran entablado tratativas con Daimler Benz.

Un segundo caso que contiene visos de responsabilidad precontractual, es el siguiente:

CASO N° 02: Rishing Mendoza vs Banco de crédito del Perú.

La Casación N° 4407-2015-Piura está referida acerca de la Responsabilidad Civil en las tratativas contractuales, teniéndose en cuenta el Culpa *in contrahendo*, antijuricidad y el régimen aplicable, en materia de Indemnización por daños y perjuicios; en el cual, su análisis va a permitir afirmar una vez más que los supuestos antes mencionados no solo existen en libros o en elaboraciones dogmáticas, sino como se evidencia, son propios de la realidad social.

Esta Casación se da, debido al proceso que interpone la señora Flor de María Rishing Mendoza, quien demanda el pago de una indemnización por daños y perjuicios contra el Banco de Crédito del Perú, a fin de que el demandado pague la suma de ochenta y tres mil

cuatrocientos noventa dólares americanos (US\$83,490) en su condición de propietaria del inmueble ubicado en la avenida Loreto y Jirón Loa N° 757 de la ciudad de Piura. La referida señora tenía vigente un contrato de arrendamiento de fecha uno de mayo del dos mil doce, a favor de Svenza Zona Franca S.R.L. Carsa, por el cual percibía una renta mensual de doce mil seiscientos cincuenta dólares americanos (US\$.12,650), el plazo de vigencia de pacto forzoso para ambas partes es de un año, hasta el treinta de abril del dos mil trece. Asimismo, se tiene que mediante carta notarial de cinco de junio del dos mil trece, Carsa aceptó un aumento de la renta en US\$.13,915; por lo que a través de dicho documento solicitó a la propietaria una prórroga de plazo para desocupar dicho inmueble a la fecha perentoria de quince de enero del dos mil catorce; no obstante la demandante solo acepta la prórroga del plazo hasta el treinta y uno de julio del dos mil trece, en cumplimiento del acuerdo, la demandada Carsa desocupó el inmueble el quince de agosto del dos mil trece.

Conforme a los hechos detallados, el primer contrato de arrendamiento culminó a pedido de la propietaria, porque el nuevo arrendador, Banco de Crédito del Perú mejoró considerablemente las condiciones y términos que mantenía la propietaria previo a cumplir con enviarles una serie de documentación del inmueble a arrendar; entre ellas la carta enviada a Carsa pidiendo la desocupación del local. Sin embargo, habiendo cumplido sus obligaciones con el Banco, y estando desocupado el local, este no suscribió formalmente el contrato, y tampoco lo ejecutó económicamente.

De igual forma se tiene que las partes a través de numerosos correos electrónicos iniciaron tratativas y comunicaciones destinadas a arrendar el bien materia de litis, donde el banco que sería el segundo arrendatario, terminó ofreciendo mejores condiciones que Carsa, que era el primer arrendatario; razón por la cual, el banco demandado requirió a la actora que desocupe vía carta notarial a su primer inquilino, realizándose para ser ocupado por el Banco referido, el mismo que no llegó a cumplir ninguna de las prestaciones a su cargo.

Siendo estos los hechos, resulta lógica la pretensión del demandante, propietario del inmueble sublitis, esto es el pago de una indemnización por daños y perjuicios, por los daños que generó la negativa del banco de arrendar finalmente el inmueble; por su parte, la posición del banco es la siguiente:

“[...] de las comunicaciones cursadas entre la demandante y el anterior inquilino Carsa se desprende que la demandante tenía interés propio entre reducir el plazo contractual de arrendamiento de dicho local, hecho que no fue a pedido del Banco de Crédito (...)”.

Asimismo, señala que es legítimo que el banco haya solicitado que le muestre el local que le estaba ofreciendo en arrendamiento y que este se encuentre saneado, libre de cargas y gravámenes y/o problemas de índole legal y físico; señala que es cierto que inició tratativas y diálogo, tendiente a celebrar un futuro contrato de arrendamiento del local comercial ya referido, lo que no es cierto es que el Banco de Crédito le haya solicitado o requerido cursar la carta de conclusión del contrato de arrendamiento a Carsa, dice que lo que existió entre la demandante y el banco fueron tratativas de un contrato, más no un contrato.

Además, se estima por su relevancia el contenido en la resolución que se comenta:

“Añade que iniciada las conversaciones entre el Banco de Crédito y la demandante con la finalidad de lograr concluir un contrato de arrendamiento, se encontró que el local ofertado por la demandante tenía una serie de problemas de orden legal y de orden físico; es decir, se encontraba gravado con dos embargos inscritos en los asientos B00012, B00013 y de B00016 de la Partida Registral N° 0019430 del Registro de Predios de Piura así como una hipoteca que debía ser levantada de registro propiedad inmueble de Piura; también se encontró que el inmueble registraba un área física distinta a la que se presentaba en la partida registral así como también habían discrepancias entre las medidas registrales, las medias reales y las áreas que

figuraban en la documentación municipal, tal como lo demuestran a través del correo electrónico, donde se le ponía de conocimiento este hecho”.

Siendo los hechos, se tiene que en primera instancia se declara fundada en parte la demanda, señalando que:

“en el correo electrónico remitido por Sandra Bardales - quien es funcionaria del Banco de Crédito – a la demandante con fecha veintisiete de mayo del dos mil trece a fojas treinta y ocho, se manifiesta lo siguiente: ‘Estimada Sra. Flor de María, tal como conversamos, a continuación le detallo la documentación que me deberá alcanzar en físico para el contrato de alquiler del inmueble’”.

Por su parte, luego de la apelación planteada por la demandada, la Sala Superior revoca la sentencia y reformándola la declara “Infundada”, al señalar que:

“siendo que las tratativas estaban realizándose a través de correo electrónico, por mandato expreso del artículo 1374° del Código Civil, recién se podía presumir que hubo aceptación cuando la demandante quien remitió los documentos solicitados por el banco, hubiera recibido por parte de la representante del banco el respectivo “acuse de recibo”, lo que no sucedió”.

Más adelante la Sala Superior concluye:

“(…) que la entidad financiera demandada no ha incurrido en ningún ilícito civil (incumplimiento de obligación) al no haberse perfeccionado ningún contrato, por lo que no se ha acreditado la existencia del elemento de la antijuricidad”.

Lo que se debe de destacar que la casación permite analizar las fronteras o zonas grises de los regímenes de la responsabilidad civil, los alcances del artículo 1362° del Código Civil y los matices de la responsabilidad precontractual y de la culpa *in contrahendo*.

4.8. Resolviendo nuestra hipótesis.

De lo expuesto hasta aquí, podemos precisar con fundamento que en el estándar de la buena fe se predica que la fase precontractual impone una serie de deberes de distinta naturaleza cuya infracción da lugar a responsabilidad civil. Nuestra norma civil no ha previsto esta categoría de deberes; sin embargo, el artículo 1362° del Código Civil Peruano predica la buena fe en la negociación, celebración y ejecución del contrato. Si bien la conjunción “y” podría dar pie a todo el *íter* contractual, no cabe duda que al referirse a la negociación, podemos hablar de la fase precontractual; empero, ello no resulta suficiente para que en un proceso civil de naturaleza indemnizatoria el Juez en lo Civil pueda emitir un pronunciamiento de fondo, en donde luego de acreditado el daño, determine el monto de la indemnización por la ruptura injustificada de los tratos preliminares en la negociación de un contrato. Por ello, hay razones para sostener esta responsabilidad en el ordenamiento nacional y su necesidad de incorporarla de manera expresa.

Punto importante a dilucidar es la naturaleza de dicha responsabilidad, en el cual la doctrina ofrece diferentes tesis, prevaleciendo el criterio de que se trata de una hipótesis de responsabilidad extracontractual. En los tratos preliminares lo que debe prevalecer es la buena fe, si existe mala fe, si se viola el deber de buena fe, con los consiguientes deberes de conducta que de ella se derivan, quien ha actuado, por ejemplo, sin intenciones de llegar a un acuerdo y esto ha causado perjuicios, está obligado a indemnizar.

Retener unas negociaciones artificialmente, de modo que estas se rompen posteriormente sin una causa justificada, y cuando la otra parte tenía fundada confianza en que el contrato se celebraría, es infringir la *buena fe precontractual*. El deber de no levantar falsas expectativas se refiere cuando una de las partes negocia sin las intenciones de contratar, logrando que la otra parte descarte otras oportunidades, es lo que se ha denominado en la doctrina el costo de oportunidad. Se crea confianza sobre hechos o circunstancias que no van a suceder.

Si bien las partes no están obligadas por los tratos preliminares a celebrar un contrato, sí lo están a actuar con buena fe, la responsabilidad nace cuando se ha actuado de mala fe y se ha perjudicado a la otra parte por la no celebración del contrato, cuando la no celebración de un contrato resulta arbitraria, sin causa o fundamento justo las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, cuando han llegado a tal punto que permitan prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo y atendible motivo la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño, o sea, el llamado interés contractual negativo.

Empero, mientras nuestro sistema jurídico no contenga una norma expresa que determine este tipo de responsabilidad, no habrá decisión judicial que se pronuncie sobre el fondo de una pretensión por la ruptura injustificada en la tratativas contractuales, lo que trae como consecuencia la inexistencia o escases de precedentes judiciales nacionales, tal como se ha demostrado con la presentación de los casos “Grupo peruano vs Mercedes Benz” y “Rishing Mendoza vs Banco de crédito del Perú” donde bien pudo haberse aplicado criterios sobre responsabilidad precontractual; siendo una recomendación de la investigadora incorporar de manera expresa a nuestro sistema legal la responsabilidad civil de naturaleza pre contractual.

CONCLUSIONES

- a. Tan igual que en la responsabilidad civil contractual, las partes que intervienen no son anónimas, pues están plenamente identificadas al haber suscrito un contrato; situación que se presenta en la responsabilidad precontractual pues existe un contacto previo entre las partes en la etapa de negociaciones preliminares. Entonces, la identidad de los sujetos que intervienen es lo que lo diferencia con la responsabilidad extracontractual, la que, al surgir del deber genérico de “no causar daño a nadie” cualquier persona puede resultar agraviada.

En la responsabilidad extracontractual, no existe una conducta previamente establecida que genere el daño, pues las partes no están obligadas entre sí ante la ausencia de un contrato; esa falta de vínculo de obligatoriedad también está presente en la responsabilidad precontractual, toda vez que, si bien hubo tratativas previas no existe un contrato aún suscrito por las partes, hecho que lo diferencia de la responsabilidad contractual.

- b. A fin de lograr un pronunciamiento de fondo una vez incluida la responsabilidad civil precontractual en nuestro ordenamiento jurídico civil, el Juez deberá determinar como elementos que la configuran, los siguientes: a) Identidad o individualización de las partes que intervienen en negociaciones previas ante la oferta propuesta; b) Interés de una de las partes por la oferta propuesta por la otra; c) Posibilidad en la celebración de un contrato y ruptura de las negociaciones sin justa causa por una de las partes.
- c. En un mundo de economía liberal por la que apuesta nuestra Constitución, los costos de información y negociación que invierten las personas –*naturales o jurídicas*– resultan ser más fluidos en la actualidad. Desde esta óptica, la inversión de tiempo, esfuerzo y dinero que se realiza para celebrar un negocio se ve truncado precisamente poco antes de cerrarse el trato o al momento de su ejecución, sea porque una de las partes violentó la

buena fe contractual o sea porque ésta *—a pesar de haberse celebrado un contrato—* tenía pleno conocimiento de una causal de nulidad en su celebración. Así, al existir elementos propios de responsabilidad contractual así como elementos de responsabilidad extra contractual urge la necesidad de su incorporación de manera expresa y clara en el Libro de Las Fuentes de las Obligaciones – Contratos en nuestro Código Civil vigente; pues si el contrato no ha llegado a perfeccionarse o se declarase nulo, la responsabilidad no sería estrictamente contractual, pero, a la vez, si las partes quisieron acercarse para celebrar un contrato y han expresado su voluntad en ese sentido, es claro que allí se generan vínculos que no se pueden desconocer y, de esa forma, la situación no se podría enmarcar en una responsabilidad extracontractual propiamente dicha.

RECOMENDACIONES

- a. Al ser escaso el aporte jurisprudencial respecto a la figura de responsabilidad civil precontractual, toda vez que nuestro sistema jurídico tiene como principal fuente normativa a la ley, urge que la doctrina especializada proporcione las pautas necesarias a fin de orientar a nuestros legisladores a proponer su incorporación dentro del ordenamiento jurídico nacional peruano. Para ello, deberá establecer previamente las semejanzas y diferencias existentes entre la responsabilidad aquiliana o extracontractual y la responsabilidad dolosa o contractual, al existir –*como ya se ha desarrollado*– marcados matices que justifican su inserción en la legislación civil.
- b. En cuanto a la pretendida justificación por falta de elementos propios de la responsabilidad civil precontractual y ante los supuestos de inexistencia de un contrato, por no haberse celebrado (responsabilidad por *culpa in contrahendo*), por tanto, no genera efectos, debe entenderse que efectivamente los efectos de la responsabilidad precontractual no generarían los propios del contrato (que eventualmente estaba por celebrarse). Pero ante la ruptura de las negociaciones por el quebrantamiento de la buena fe, frente a partes individualizadas, ante la oferta de uno de ellos, sí debe generar efectos jurídicos, si bien no de un contrato propiamente, pero sí los de asumir la responsabilidad si es que por su actuación se ha generado un perjuicio a la otra parte. Por ello, propósito de la presente investigación es establecer o definir los elementos de la responsabilidad precontractual, debiendo asumir dicho compromiso la doctrina especializada, los legisladores y naturalmente, el Juez.
- c. La buena fe que regula el artículo 1362° de nuestro código, si bien es una cláusula normativa general que permite a los jueces desarrollar su contenido de acuerdo al contexto y al caso concreto, conforme a la lealtad de los sujetos, aún en la etapa de las tratativas, creemos que el simple concepto de buena fe, como fundamento de la responsabilidad precontractual, resulta insuficiente, porque hasta la fecha, desde la

entrada en vigencia del código civil, no se ha visto desarrollo sobre la responsabilidad precontractual fundado en el artículo citado. Para resolver esta situaciones se ha hecho uso del artículo 1969° de nuestro código como sustento de esta responsabilidad, esto en atención a que el daño en la etapa de las negociaciones como hecho ilícito invita al uso del deber de no causar daño a otro: “*neminem laedere*” de dónde surgirían también deberes precontractuales, que guíen el actuar de los negociantes y cuyo quebrantamiento daría lugar a la responsabilidad precontractual.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel. “El Negocio Jurídico”. Librería Bosch. Barcelona 1993.

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

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

ANDORNO, Luis O. “Daño (e injusticia del daño)”. En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006.

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

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

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

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

- BULLARD, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La Teoría del Incumplimiento Eficiente.” En “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales.” Palestra Editores. Lima 2003.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Teoría General de la Responsabilidad Civil.”. Editorial AbeledoPerrot. Buenos Aires 1986. BUSTO LAGO, José Manuel. “La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual.” Editorial Tecnos. Madrid 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual.” Bibliográfica Omeba Editores. Buenos Aires. Cuarta Edición. T. III.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General”. Palestra Editores. Lima 2003.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Estudios del Contrato Privado.” Cultural Cuzco S.a. Editores. Lima 1983.
- DE LOS MOZOS, José Luis. “Responsabilidad Contractual.” En la obra colectiva “Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”. Dirección de José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual en la historia del Derecho Peruano.” En Themis – Revista de Derecho Nº 50. Lima 2005.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La Responsabilidad Extracontractual” Tomo I. En la colección Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Séptima Edición. Fondo Editorial de la PUCP. Lima 2003.

DIEZ – PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.” Editorial Civitas. Quinta Edición. Madrid 1996. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Derecho de Daños.” Editorial Civitas. Madrid 2000.

FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias.” En la obra colectiva “Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova”. Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez, Directores. Editora Jurídica Grijley. Lima 2004.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Abuso del Derecho.” Editora Jurídica Grijley. Lima 1999.

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

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

LEON HILARIO, Leysser L. “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1,362º del Código Civil Peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual.” En Themis – Revista de Derecho. Segunda Epoca Nº 49. Lima 2005.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “El Negocio Jurídico.” Editora Jurídica Grijley. Lima 1994.

- OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario. "Tratado de las Obligaciones". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI. T. X. Lima 2001.
- OSTERLING PARODI, Felipe. "Las Obligaciones". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. "Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. VI." Tercera Edición. Lima 2001.
- PALACIO PIMENTEL, Gustavo. "Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano". Editorial Huallaga. Cuarta Edición. Lima 2002.
- PEREZ GALLARDO, Leonardo B. "Comentario al Artículo 1,362º" en la obra colectiva "Código Civil. Comentado". Gaceta Jurídica. Lima 2007.
- RUBIO CORREA, Marcial. "El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho." Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Octava Edición Lima 2002.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. "Responsabilidad Contractual y Extracontractual". Fondo Editorial de la Universidad de Roma "La Sapienza" 2010.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. "Contratación Contemporánea". Palestra Editores, Lima - Editorial Temis S.A., Bogotá 2000.
- SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO. Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Comentarios a las Normas del Código Civil. Volumen Extracontractual II.
- STOLFI, Giuseppe. "Teoría del Negocio Jurídico". Traducción del italiano por Jaime Santos Briz. Editorial Revisa de Derecho Privado. Madrid 1959. TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato." Editora Jurídica Grijley. Lima 2002.

TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato." Editora Jurídica Grijley. Lima 2002.

TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Elementos de la Responsabilidad Civil". Editora Jurídica Grijley Lima 2001.

TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Nulidad del Acto Jurídico." Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima 2002.

VEGA MERE, Yuri. En la obra colectiva. "Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Obligaciones". Editorial Gaceta Jurídica. Tomo VI. Lima 20.

VIDAL RAMIREZ, Fernando. "Los sistemas de responsabilidad Extracontractual y la codificación civil peruana". En la obra colectiva "Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova". Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez, Directores. Editora Jurídica Grijley. Lima 2004.

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

LINKOGRAFÍA:

Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual: una mirada a su regulación en Colombia, en:

<http://www.scielo.org.co/pdf/tecn/v16n32/v16n32a12.pdf>

Existe la responsabilidad precontractual, en:

<https://www.burgueraabogados.com/existe-la-responsabilidad-precontractual/>

La culpa in contrahendo y la responsabilidad precontractual en el Código Civil, en:

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/1139>

La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad, en:

<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/naturaleza-responsabilidad-civil-precontractual-584678446>

Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea, en:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000100009

La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta, en:

<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n126/n126a03.pdf>

La responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de las tratativas “El rol de la buena fe y el deber de información”, en:

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6873>

La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares, en:

https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_16/iurisdictio_016_009.pdf

Naturaleza de la responsabilidad precontractual, en:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000100009

Necesidad de regular la responsabilidad precontractual como consecuencia de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, a partir de la deficiencia normativa del art. 1362 del código civil peruano, en:

http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/4033/1/REP_DER_RONALD.COSTILLA_REGULAR.RESPONSABILIDAD.PRECONTRACTUAL_DATOS.pdf

Responsabilidad precontractual en el contrato de franquicia comercial: consecuencias jurídicas del obrar contrario a los principios que informan la negociación igualitaria, en:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2809951

Responsabilidad precontractual y postcontractual, en:

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/responsabilidad-precontractual-y-postcontractual.pdf>

Tratativas precontractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación, en:

<https://www.abogados.com.ar/tratativas-precontractuales-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/16991>

NORMATIVIDAD

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Civil Peruano.

Resolución N° 2438-5 emitido en el Expediente N° 1675-88 por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

La Casación N° 4407-2015-Piura. Caso Rishing Mendoza vs Banco de crédito del Perú.